Täterschaft und Teilnahme bei auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen.

*

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Joachim Rathke
Gerichtsreferendar
aus Kassel.

Marburg 1931.

Druck von Ludwig Funks Buchdruckerei in Hersfeld

Berichterstatter: Professor Dr. *Engelmann.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Lebenslauf.

Am 6. März 1907 zu Kassel als Sohn des Landesbürodirektors Paul Rathke und seiner Ehefrau Ella geb. Stein geboren, besuchte ich 4 Jahre die dortige Bürgerschule 3 und sodann bis 1926 das städtische Realgymnasium I. Von Ostern 1926 ab studierte ich in Marburg Rechts- und Staatswissenschaft und bestand am 24. Mai 1930 vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung, am 23. Juli 1931 in Marburg die mündliche Doktorprüfung.

Zur Zeit befinde ich mich im preußischen Vorbereitungsdienst.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. Juli 1931.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0101

Gliederung.

Seite

I. Täterschaft und Teilnahme bei auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen nach geltendem Recht.

A. Der militärische Befehl 1
1) Gehorsamspflicht und militärischer Befehl.
2) Rechtmäßiger und rechtswidriger Befehl und deren Verbindlichkeit.
a) Die verschiedenen Ansichten.
b) Rechtswidriger Befehl und Pflichtenkollision.
c) Der Befehl als Rechtfertigungsgrund.

B. Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Verbrechen 13
1) Die Auslegung des § 47 M. St. G. B.
a) Die Entstehungsgeschichte.
b) „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl".
c) Die Ausnahmen des § 47.
2) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit.
a) Die allgemeinen Strafrechtsgrundsätze über Täterschaft und Teilnahme 25
b) Ihre Anwendbarkeit auf Befehlsverbrechen.
1) Verantwortlichkeit des Untergebenen.
2) Verantwortlichkeit des Vorgesetzten.

II. Behandlung des Problems de lege ferenda.

A. Frühere Reformvorschläge 40

B. Berücksichtigung des künftigen bürgerlichen Strafgesetzbuches.

C. Vorschläge.

Schrifttum.

von Ammon: Der bindende rechtswidrige Befehl, Diss. Breslau 1926.

Amtlicher Entwurf zu einem allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch, Teil 1 und 2 1925.

von Bar: Gesetz und Schuld, Band 3 1909.

Battenberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen, Diss. Breslau 1916.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen 1906.

Beling: Grundzüge des Strafrechts 1925.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil 1919.

Binding: Handbuch des Strafrechts 1885.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Band 1905.

Binding: Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" über die Teilnahme in Ger. Saal 8, S. 381 ff.

Brauer: Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit in Ger. Saal 8, S. 381 ff.

van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht 1891.

van Calker: Strafrecht ‹Grundriß zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium› 1924.

Dietz: Handwörterbuch des Militärrechts, Rastatt 1912.

Dietz: Militärstrafrecht und Militärstrafverfahren in Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 5, S. 212 ff.

Dietz: Kommentar zum M. St. G. B. 1916.

Graf zu Dohna: Recht und Irrtum 1925.

Engelmann: Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters in Festschrift für Binding, Bd. 2 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen ‹R. G.›

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts ‹R. M. G.›

Entscheidung des Reichsgerichts in Höchstrichterliche Rechtsprechung 1928, S. 100.

Entscheidung des Reichsgerichts in Jur. Wochenschr. 1930, S. 2229.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichstags-ausschusses und der Deutschen und Oesterreichischen Straf-rechtskonferenz 1930 ‹Kohlrausch›.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Auflage 1926, 18. Auflage 1929/30.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904.

Fuhse: Militärstrafgesetzbuch Berlin 1926.

Girginoff: Der bindende Befehl im Strafrecht, Diss. Leipzig 1904.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922.

Gerland: Besprechungen von Entscheidungen des Reichsmilitär-gerichts in Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 45, S. 429 u. 561.

Göbel: Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit für auf Befehl von Vor-gesetzten vorgenommene Handlungen unter besonderer Be-rücksichtigung des Militärstrafrechts, Diss. Borna-Leipzig 1927.

Grünwald: Gesetz zur Vereinfachung des Militärstrafrechts, in Goltd. Arch. 71, S. 5 ff.

Hecker: Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich ‹Kommentar› Berlin 1887.

Hecker: Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, Stuttgart 1887.

Hecker: Der Zivilstrafrichter und das Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich, in Goltd. Arch. 30, S. 103 ff.

Heimberger: Berufsrechte und verwandte Fälle in Vergl. Darstell. des deutschen und ausl. Strafrechts, Allg. Teil, Bd. 4, S. 15.

Herz-Ernst: Strafrecht der Militärpersonen, Berlin 1905.

Kiewietz: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in seiner Be-deutung für den Staatsbeamten und für den Soldaten, Diss. Breslau 1915.

von Koppmann-Weigel: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, 3. Auflage, München 1903.

Kleinfeller: Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten, in Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. 1, S. 269.

Kraemer: Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei Befehl des Vorgesetzten, Diss. Köln 1925.

Kröll: Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht, Diss. Breslau 1904.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 1912, Bd. 4, Tübingen und Leipzig 1901.

Leipziger Kommentar: Reichsstrafgesetzbuch, erl. von Ebermayer, Lobe und Rosenberg, 4. Auflage 1929.

von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.

Lorenz-Haeger: Neueres Militärstrafrecht, Berlin 1917.

Merkel Rudolf: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895.

Merzbacher: Die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für den Beamten und für den Soldaten in strafrechtlicher Beziehung, Diss. Heidelberg 1918.

M. E. Mayer: Deutsches Militärstrafrecht, Bd. 1 u. 2 Leipzig 1907.

M. E. Mayer: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in Festschrift für Laband 1908, S. 119.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922.

Helm. Meyer: Der bindende Befehl im Strafrecht, in Festgabe für Frank, Bd. 2, Tübingen 1930.

Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente in Ger. Saal 89, S. 207.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903.

von Nostitz-Wallwitz: Das militärische Delikt des Ungehorsams, Diss. Leipzig 1905.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 und 2, 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.

Oetker: Ueber Kriegsverbrechen, in Ger. Saal 91, S. 400.

Rittau: Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1926.

Rissom: Artikel „Befehl" in Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts.

Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1918.

Rotermund: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1909 ⟨mit Ergänzungen⟩.

Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.

Sauer: Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin 1929.

Solms: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1893.

Thielke: Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und des Soldaten bei gesetzwidrigen Befehlen des Vorgesetzten, Diss. Königsberg 1911.

Tiessen: Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls im Staats- und Militärrecht, Diss. Königsberg 1911.

Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Berlin 1914.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1914.

Wachenfeld: Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, in Zeitschr. f. d. Strafr. Wiss., 40. Bd. S. 30, 129, 321 ff.

Weiffenbach: Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kassel 1873.

Winter: Die mittelbare Täterschaft, Diss. Münster 1917.

I. Täterschaft und Teilnahme bei auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen nach geltendem Recht.

A. Der militärische Befehl.

Dem Streben des Rechts nach Regelung des menschlichen Gemeinschaftslebens [1] entspricht die Forderung, alle menschlichen Interessen in der Rechtsordnung zu berücksichtigen. Gesetzte Rechtsnormen sollen dieser Forderung im weitesten Umfang gerecht werden. Sie erfüllen ihre Aufgabe dadurch, daß sie ein der Rechtsordnung entsprechendes Verhalten schützen. Sie wenden sich aber auch gegen den, der ein geschütztes Interesse verletzt. Wenn nun zwei Interessen zusammenstoßen, die beide den Schutz der Rechtsordnung, weil sie ihr entsprächen, in Anspruch nehmen, ergibt sich besonders im Strafrecht die Schwierigkeit, zu entscheiden, welches Interesse schutzwürdig ist. Dieser Widerstreit von Interessen kann nicht unerledigt bleiben, wollte sich nicht die Rechtsordnung ihres Sinnes begeben. Sie muß vielmehr entscheiden, welches Interesse das schutzwürdigere, welchem dagegen der Schutz zu versagen ist. [2]

Eine gesetzliche Allgemeinregelung solcher Fälle der „Interessenkollision" fehlt. Die Wissenschaft hat die Aufgabe, sie vorzubereiten. Es sind nur wenige gesetzliche Einzelbestimmungen vorhanden, die sich, zumeist nur durch Auslegung nachweisbar, mit der Frage befassen Als eine solche ist der § 47 des Militärstrafgesetzbuches anzusehen, [3] der die Grundlage der sich aus dem Thema der Arbeit ergebenden Untersuchungen bildet.

Dem der Rechtsordnung Unterworfenen obliegt es, seine Handlungen dieser entsprechend vorzunehmen, nichts den Gesetzen Zuwiderlaufendes zu tun. Diese dem Einzelnen auferlegten Pflichten bezeichnet man zweckmäßig als allgemeine Rechtspflichten. So gibt es eine allgemeine Rechtspflicht, niemand zu verletzen, eine andere, fremdes Eigentum unversehrt zu lassen. Diesen allgemeinen Rechtspflichten können andere Pflichten gegenübertreten in dem eben

[1] Radbruch, S. 42. Sauer, S. 218.
[2] R. Merkel, S. 160.
[3] ebenso besonders Frank, Vorb. III zum 4. Abschnitt, H. Meyer, S. 600 ff.

entwickelten Sinn der Interessen — hier besser: Pflichten-Kollision. Sind diese Pflichten stärker als die allgemeinen, so muß ihnen notwendig eine höhere Bewertung zukommen, die dieses Uebergewicht rechtfertigt. Diese Höherbewertung ist es, die die Gehorsamspflicht des Soldaten so stark sein läßt, daß ihr gegenüber andere, allgemeine Rechtspflichten zurücktreten müssen. Ohne Auseinandersetzung mit dieser einzigartigen militärischen Erscheinung können die zu behandelnden Fragen nicht gelöst werden.

Das Militärrecht, das „Sonderrecht des Soldaten", hat durch die Staatsumwälzung von 1918 und durch das Versailler Friedensdiktat wesentliche Aenderungen erfahren. Die früher — gemäß Art. 57 der alten Reichsverfassung — bestehende allgemeine Wehrpflicht als Pflicht jedes Untertanen gegenüber dem Staate [1] ist infolge Art. 173 Vers. Vertr. durch das Gesetz über die Aufhebung der allgemeinen Wehrpflicht vom 21. 8. 1920 abgeschafft worden. Aufgehoben sind auch das Reichsmilitärgesetz von 1874 und größtenteils die Militärgerichtsbarkeit. [2]

An die Stelle eines „Volks"heeres ist ein „Berufs"heer getreten. Dieses wird aus freiwilligen Soldaten und nicht im Waffendienst tätigen Militärbeamten gebildet. [3] Die Wehrpflicht ist also heute nur noch freiwillig übernommene Dienstpflicht.

Hervorragendstes Merkmal des militärischen Dienstverhältnisses ist die Forderung nach und die Pflicht zum Gehorsam. Zwar ist das Militärrecht nicht die einzige Disziplin, die sich durch eine besonders geartete Gehorsamspflicht auszeichnet. Die Dienstverhältnisse des Privatrechts, das Verhältnis der Eltern zum Kinde, des Lehrers zum Schüler, das Dienstverhältnis des Beamten, alle diese Verhältnisse setzen sich zusammen aus einerseits Gewalt, andererseits Gewaltunterworfenheit. Am stärksten ist jedoch, neben den Bestimmungen der Seemannsordnung, die Gehorsamspflicht im Militärrecht ausgeprägt. Ihm gerade ist die außerordentliche Gewaltunterworfenheit eigentümlich. [4]

Die starke Abhängigkeit des Soldaten muß ihren Niederschlag finden in besonderen Vorschriften, sowohl um ihn zu schützen, als auch deswegen, um der Gehorsamsforderung besonderen Nachdruck zu verleihen. Genügen dazu bei anderen Verhältnissen, so im Beamtenrecht, Disziplinargesetze, so können diese im Militärrecht deswegen nicht ausreichen, weil eine disziplinäre Strafandrohung m. E. hier nicht genügenden Nachdruck besitzt. Man muß deshalb besondere Rechtsregeln aufstellen mit dem Ziel, die Aufrechterhaltung der Gehorsamspflicht durch kriminelle Strafandrohung zu gewährleisten. Der 6. Abschnitt des Militärstrafgesetzbuches hat lediglich

---

[1] Laband, Bd. 2, § 104 1.

[2] Jedoch ist die Militärgerichtsbarkeit nicht völlig beseitigt worden. Vergl. § 1 Ges. vom 17. 8. 1920.

[3] § 1 Wehr-Ges.

[4] Ueber die Machtbefugnisse des Schiffskapitäns vgl. § 91 Seemannsordnung.

solche Rechtssätze zum Inhalt. Sie beziehen sich auf die militärische Disziplin. Dieser eigenartige Begriff umfaßt nun das, was die Besonderheit des militärischen Dienstverhältnisses ausmacht. Von ihrer Aufrechterhaltung hängt das Schicksal eines Heeres und damit letzten Endes das eines Staates ab. Ein undisziplíniertes Heer, eine zügellose Soldateska können das Geschick von Völkern auf Jahrhunderte hinaus bestimmen, die Geschichte zeigt das zugenüge. Um dem vorzubeugen, gilt es, die Disziplin in dem einzelnen Soldaten fest zu verankern, sie ihm in „Fleisch und Blut" übergehen zu lassen.

Die Besonderheit der militärischen Gehorsamspflicht bedingt eine besondere Art der Uebertragung des Willens des Gewaltbesitzenden auf den Gewaltunterworfenen. Sie muß so beschaffen sein, daß der Gewaltunterworfene gehorchen muß, will er sich nicht in Widerspruch zu seinen Pflichten setzen und damit die Gefahr drohender Nachteile heraufbeschwören. Diese „Bindung" des Gewaltunterworfenen führt im militärischen Leben der Befehl herbei. Man kann ihn mit van Calker [1]) bestimmen als Willensäußerung einer gewaltbesitzenden Person gegenüber einer Gewaltunterworfenen mit dem Ziel, diese zu einem Tun oder Unterlassen zu verpflichten.

Dabei ist wesentlich, daß nur der einen bindenden Befehl erteilen kann, der dem Befehlsempfänger übergeordnet ist, nur der ihn befolgen muß, der dem Befehlenden untergeordnet, ihm gehorsamspflichtig ist. Das M. St. G. B. spricht in der Regel von Vorgesetzten und Untergebenen als Befehlsgebern und Befehlsempfängern.

Dem Militärdienst ist es von jeher eigen gewesen, daß der Soldat durch einen Befehl am sichersten zu beherrschen ist. Dies zeigt sich in seiner Reaktion auf den Befehl, der, ihm erteilt, zu einem sofortigen Begreifen führt: Du mußt gehorchen. Diese unmittelbare Auswirkung des Befehls möchte ich für das Primäre seiner Befolgung halten. (Für den Durchschnittssoldaten wird das jedenfalls zutreffen.) Nicht zu verkennen ist jedoch, daß auch, worauf van Calker hinweist, [2]) aufgrund des besonderen Nachdrucks, den der Vorgesetzte seinem Befehl zu verleihen imstande ist, in dem Untergebenen die Befürchtung erweckt werden kann: Wenn Du nicht gehorchst, wirst Du bestraft.

Die dem Vorgesetzten gegebene Befugnis, Befehle zu erteilen und die Pflicht des Untergebenen, diesen Befehlen zu gehorchen, können in dieser Allgemeinheit einer entwickelten Rechtsordnung nicht genügen. Es gilt, die Gefahr willkürlicher Ausnutzung des Befehlsrechts zu bannen. Man muß, bei Berücksichtigung der durchaus verschiedenen menschlichen Fähigkeiten und Veranlagungen dazu gelangen, hier gewisse Schranken zu errichten. Geht man davon aus, daß eine menschliche Handlung dann „rechtmäßig" ist, wenn

---

[1]) van Calker, S 7.
[2]) van Calker, S. 7.

sie nur Erlaubtes zum Inhalt hat, dagegen „rechtswidrig", wenn sie auf etwas Verbotenes hinzielt, so müßte man an sich auch folgern, daß nur ein auf die Vornahme einer rechtmäßigen Handlung gerichteter Befehl befolgt werden muß, ein solcher, der auf Begehung einer rechtswidrigen Handlung zielt, dagegen nicht befolgt werden darf. Diese Folgerung wird auch von Einzelnen gezogen. Ich halte sie nicht für richtig. [1]

Daß ein Befehl, der die Vornahme einer rechtmäßigen Handlung zum Inhalt hat, vom Untergebenen befolgt werden muß, ist wohl unbestritten. Mit Laband [2] ist anzunehmen, daß ein Befehl, soll er rechtmäßig sein, von folgenden Voraussetzungen abhängig ist:

A) Der Befehlende muß zur Erteilung des Befehls „abstrakt" zuständig sein.

B) Der Untergebene muß örtlich und sachlich in der Lage sein, dem Befehl nachzukommen.

C) Falls erforderlich, muß die richtige Befehls f o r m gewahrt sein.

Dieser „formellen Rechtmäßigkeit", die für alle Befehle gleichmäßig gilt, [3] steht die „materielle (inhaltliche) Rechtmäßigkeit" gegenüber, die bei den einzelnen Befehlsverhältnissen verschieden ist. Sie spielt beim militärischen Befehl, wie noch weiter unten darzulegen sein wird, fast keine Rolle.

Ein Befehl, bei dem die obigen Voraussetzungen — und die etwa erforderlichen „materiellen" — vorliegen, bindet den Untergebenen: dann spricht man von der „bindenden Kraft des rechtmäßigen Befehls."

Wie verhält es sich aber mit einem Befehl, der auf die Ausführung einer vom Gesetz verbotenen Handlung gerichtet ist? Kann auch ein solcher Befehl bindend anbefohlen werden? Diese Frage ist eine der umstrittensten des Militärrechts, ja vermöge ihrer vielerlei Beziehungen, z. B. zur Schuldlehre, zur Lehre der Notrechte, eine solche des allgemeinen Strafrechts. Ihre Lösung erst vermag den Weg zu öffnen zur Entscheidung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene strafbare Handlungen.

Von der sonst allgemein üblichen historischen Entwicklung der Streitfrage kann hier Abstand genommen werden, da der Versuch, Neues zu bringen — und nur das würde eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung rechtfertigen — angesichts der gründlichen Untersuchungen, besonders van Calkers und Battenbergs, scheitern müßte. Mit van Calker ist jedoch festzustellen, daß sowohl dem römischen als auch dem germanischen Recht — mögen sie auch beide

---

[1] Ein weiteres Eingehen auf die schwierige Lehre der Rechtswidrigkeit würde den Rahmen der Arbeit überschreiten. Sie ist zudem in Hinblick auf den militärischen Befehl oft behandelt worden. Vgl. Girginoff, Battenberg, von Ammon.

[2] Laband, Bd. 1, S. 460

[3] vgl. H. Meyer, S. 603.

grundsätzlich eine voneinander verschiedene Stellung zur Gehorsamspflicht des Soldaten einnehmen - verbindliche Befehle bekannt waren, die auf die Vornahme einer verbotenen Handlung gingen. Ebenso war der verbindliche Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung den militärischen Sondergesetzen des Mittelalters bekannt.

Die Verbindlichkeit von rechtswidrigen Befehlen kennt auch das geltende Recht, wie die nähere Untersuchung des § 47 M. St. G. B. ergeben wird. Dessen erster Satz „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich" enthält zwar zunächst eine Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, zugleich aber ist darin ausgesprochen, daß auf Befehl strafbare Handlungen begangen werden können und auch begangen werden müssen, soweit nicht die erst später zu besprechenden Ausnahmen von der hier zum Ausdruck gebrachten Gehorsamspflicht des Soldaten zutreffen. Die Abweichung von dem oben entwickelten Grundsatz, daß nur erlaubte Handlungen rechtmäßig sein können, fällt sofort ins Auge. Wie verhält sich zu diesem Satz der Befehl, der bindend auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet ist? Die Lösung dieses scheinbaren Widerspruches bringt die Lehre der „Pflichtenkollision". Von den beiden widerstreitenden Pflichten, allgemeine Rechtspflicht, nichts den Gesetzen zuwiderlaufendes zu tun, und militärische Gehorsamspflicht, erklärt der Staat die Gehorsamspflicht u. U. für die stärkere, weil die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin eine Lebensfrage für ihn ist. Er nimmt lieber eine — zumeist nur geringfügige — Verletzung von Gesetzen in Kauf, als daß er durch Freigabe von Gehorsamsverweigerungen Gefahr läuft, in seinem Bestehen gefährdet zu werden. Er stützt sich dabei auf einsichtige Führer, die nach Möglichkeit solche Befehle vermeiden werden. Sind sie aber erteilt, so muß im Interesse der militärischen Disziplin auf das Schärfste ihre Befolgung verlangt werden.

Angesichts des § 47 M. St. G. B. ist festzustellen, daß der rechtswidrige Befehl irgendwelche Wirkungen haben kann; es muß also mit seinem Bestehen gerechnet werden. Diese nicht zu übersehende Tatsache bereitet denjenigen Schwierigkeiten, die die verbindliche Kraft auch des rechtswidrigen Befehls leugnen. Wie man diese Schwierigkeiten aus dem Weg zu räumen versucht hat, soll im Folgenden untersucht werden.

Am heftigsten hat M. E. Mayer die Lehre von der Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls bekämpft, besonders in seiner Schrift: „Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten." [1] Er ist grundsätzlich der Meinung, daß ein rechtswidriger Befehl niemals verbindlich sein könne. [2] Er glaubt dies daraus folgern zu müssen, daß zwischen Rechtswidrigkeit und Verbindlichkeit ein unüberbrückbarer

---

[1] Festschrift für Laband, S. 108 ff.
[2] A. A. O. S. 137.

Gegensatz bestehe. Eine bedenkliche Schwäche seiner Ansicht liegt schon darin, daß er zugeben muß, daß der einem rechtswidrigen Befehl Gehorchende straflos bleiben kann. Den Grund für die Straflosigkeit sieht er in einem im Untergebenen erregten Irrtum. Er meint, dieser Irrtum könnte darin bestehen, daß der dem Befehl Gehorchende ihn für verbindlich gehalten habe. Auf die Unhaltbarkeit dieser Ansicht weist richtig von Ammon [1]) hin. Nur ein solcher Irrtum ist erheblich, der sich auf „zum gesetzlichen Tatbestand gehörige Tatumstände" bezieht. Da das aber bei einem Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls nicht der Fall ist, müßte dieser Irrtum notwendig unerheblich sein, also nicht schützen. Damit ist Mayer die Begründung der Straffreiheit des Untergebenen mißlungen. Seine Behauptung, rechtswidrige Befehle könnten keine bindende Kraft haben, bleibt ohne Beweis. Brauer [2]), auf den Mayer sich zum Teil beruft, hat schon vor diesem die Irrtumslehre vertreten, aber lediglich für das Dienstverhältnis der Beamten. Beim militärischen lehnt er sie jedoch ab, nimmt vielmehr „blinde" Gehorsamspflicht des Soldaten an.

Rissom [3]) neigt zu der von Mayer vertretenen Ansicht. Jedoch hält er den rechtswidrigen verbindlichen Befehl im Militärrecht für möglich und sucht für die von ihm — dem Gesetz entsprechend — erkannte Straflosigkeit des gehorchenden Untergebenen eine von Mayers Standpunkt abweichende Begründung. Er sucht diese dadurch zu geben, daß er die Existenz eines „militärischen Vertrauensgrundsatzes" behauptet, „kraft dessen der Untergebene dienstlich verpflichtet ist, die Rechtmäßigkeit des Befehls zu unterstellen." Dadurch unterscheidet er sich insofern von Mayer, als er die Entscheidung nicht auf allgemein-strafrechtlichem, sondern auf speziell militärischem Gebiet sucht. Grundsätzlich halte ich das für richtig. Rissoms Ansicht ist aber deswegen bedenklich, weil er die Gefahr, sich über diesen Vertrauensgrundsatz geirrt zu haben, dem Untergebenen zuschiebt, ein Ergebnis, das nicht befriedigen kann. — Gegen Rissom hat sich neuestens auch H. Meyer [4]) gewandt, der richtig ausführt, daß es sich in § 47 M. St. G. B. nicht darum handelt, ob der Vorgesetzte zu seinem Untergebenen in einem Vertrauensverhältnis steht und umgekehrt, sondern um die Frage, ob und inwieweit der Untergebene den ihm erteilten Befehlen gehorchen muß.

Im wesentlichen auf den Mayerschen Lehren fußen auch die Abhandlungen von Thielke, Thiessen und wohl auch Battenberg. Sie erkennen jedoch die bindende Kraft auch rechtswidriger Befehle an und wollen dann das, nach ihrer Ansicht rechtswidrige Handeln des Untergebenen entschuldigen. Die beiden ersteren nehmen Irrtum

---

[1]) Von Ammon, S. 112/113.
[2]) in Gerichtssaal, Bd. 8, S. 381.
[3]) Rissom-Romen, M St. G. B. 1918, § 47 Anm. 13, Art. „Befehl" im H. W. B
[4]) Festschrift für Frank, S. 598.

des Untergebenen, Battenberg einen „Schuldausschließungsgrund besonderer Art" an. Ihre Ansicht erscheint vom militärischen Standpunkt aus verfehlt. Es widerspricht im höchsten Maße den Erfordernissen der Disziplin, den Soldaten durch Ausspruch der Schuldlosigkeit seiner Handlung wissen zu lassen: Das, was Du tust, ist zwar verboten, aber Du wirst doch nicht bestraft.

Van Calker hat die eben abgelehnte Schuldlosigkeitstheorie insofern gemildert, als er nicht der Auffassung folgt, der Befehl wirke dem Gehorchenden gegenüber wie ein allgemeiner Schuldausschließungsgrund, in dem rechtswidrigen Befehl vielmehr einen „persönlichen Schuldausschließungsgrund" sieht [1]. Seine Lehre krankt m. E. an einem innern Widerspruch. Die Frage der Schuld und die nach einem Entschuldigungsgrunde kann nur bei rechtswidrigem Verhalten aufgeworfen werden. [2] Nun wird zwar, nach van Calker, durch den Befehl die Rechtswidrigkeit der Handlung des Untergebenen nicht ausgeschlossen. Damit ist aber nicht vereinbar, daß van Calker dem Gehorchenden ausdrücklich ein Recht zugesteht, auf Befehl auch eine Rechtsgüterverletzung vorzunehmen. Also: ein Recht zur Verletzung besteht, aber — unrecht soll die Handlung trotzdem sein. Der Widerspruch ist unverkennbar. — Eine eingehende Darlegung, was er unter einem „persönlichen Schuldausschließungsgrund" hier versteht, hat übrigens van Calker nicht gegeben.

In seinem späteren strafrechtlichen „Grundriß" hat van Calker dann seine alte Lehre selbst aufgegeben. Er zählt dort [3] den militärischen Befehl zu den Rechtfertigungsgründen. „Ist ein unrechtmäßiger Befehl ergangen, so handelt der pflichtgemäß Handelnde nicht rechtswidrig."

Weiter ist hier der Oppenheim-Delius'sche Kommentar zu nennen, der den rechtswidrigen verbindlichen Befehl zwar anerkennt, ihn aber als Entschuldigungsgrund, weil auf „unwiderstehlicher Gewalt" im Sinne des § 52 St. G. B. beruhend, betrachtet. [4] Hiergegen ist einzuwenden, daß weder „vis compulsiva" noch „vis absoluta" im Regelfall mit einem Befehl verknüpft sind. Etwaige Ausnahmefälle vermögen nichts daran zu ändern, daß regelmäßig der Befehl ohne Anwendung irgendeiner Gewalt — die Kommandogewalt bleibt hier außer Betracht — gegeben und befolgt wird.

Den Beweis, daß rechtswidrige Befehle nach unserm Recht keine bindende Kraft haben könnten, halte ich nach dem bisherigen nicht für geglückt. Auch kann die Lösung, die den rechtswidrigen Befehl für verbindlich hält, ihn aber als Grund aufgehobener Schuld betrachtet, nicht befriedigen. Gewichtige, oben genannte, militärische Bedenken stehen ihr entgegen. Mit Recht wird ihr von Frank [5]

---

[1] Van Calker, S. 11.
[2] Frank, Vorbemerkung III zum 4. Abschnitt.
[3] van Calker, Grundriß, S. 30.
[4] Oppenheim-Delius, § 52[12].
[5] Frank, Vorbemerkung III zum 4. Abschnitt, auch H. Meyer S. 605, Anm. 1.

entgegen gehalten, daß sie der Theorie zuliebe das Gesetz vergewaltige.

Es besteht somit kein Grund, von dem oben, S. 5, aufgestellten Satz, daß auch rechtswidrige Befehle bindend sein können, abzugehen. Er ergibt sich aus dem Gesetz. Seine Einordnung in die Begriffe des allgemeinen Strafrechts kann nunmehr vorgenommen werden.

Binding [1]) behandelt den rechtswidrigen Befehl im Rahmen der „die Widerrechtlichkeit einer Handlung" ausschließenden Berufspflichten, als deren eine er die Gehorsamspflicht des Soldaten ansieht. Er erkennt richtig, daß bei einem auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehls die allgemeine Rechtspflicht, strafbare Handlungen zu vermeiden, mit dem „das gesetzlich Verbotene verbindlich heischenden" Befehl kollidieren kann. Binding meint dann, der Ausweg läge nahe, einen verbindlichen Befehl rechtswidrigen Inhalts für das geltende Recht zu leugnen und nur den aus Irrtum oder Furcht dem Befehl Gehorchenden „und diesen nur wegen seines Irrtums oder seines Notstandes, also nur, wenn der Befehl mit Täuschung oder Drohung verbunden war, für unverantwortlich zu erklären". Mit aller Entschiedenheit erklärt jedoch Binding diese Lehre für falsch. „Der Befehl kann eine durchaus rechtmäßige Handlung zum Gegenstand haben; demjenigen, dem er gilt, wird ihre Vornahme aber erst durch den Befehl erlaubt und Rechtspflicht. Insoweit ist auch der unverbindliche Befehl, falls ihm gehorcht werden durfte, Grund aufgehobener Rechtswidrigkeit. Außerdem aber gibt es nach geltendem Recht allerdings verbindliche, rechtswidrige Befehle."

Nachdem Binding dann dargelegt hat, daß diese nie bei „Privatgewalthabern" sondern nur „bei einem Konflikt innerhalb des Staatswillens" möglich sind, führt er weiter aus, daß „die Verbindlichkeit des inhaltlich rechtswidrigen Befehls als das kleinere Uebel seitens des Staates nur da hingenommen werden kann, wo nach Auffassung des Staates alles auf sofortige Ausführung des Befehls ankommt." Binding hält hiernach die vom Untergebenen aufgrund rechtswidrigen, verbindlichen Befehls vorgenommene strafbare Handlung für rechtmäßig und sieht die Rechtfertigung in der Berufspflicht. [2])

Eingehend wird in den Lehrbüchern und Kommentaren zum Militärstrafgesetzbuch von jeher der verbindliche rechtswidrige Befehl behandelt.

Hecker [3]) sucht die Frage von militärischen Gesichtspunkten aus zu entscheiden. Er geht davon aus, daß bei Schaffung des M. St. G. B. die Absicht bestand, dieses tunlichst mit den Grundsätzen des bürgerlichen Strafgesetzbuches in Einklang zu bringen. Im Interesse der militärischen Disziplin sei jedoch folgende Abweichung

---

[1]) Handbuch, S. 804.
[2]) Handbuch, S. 806.
[3]) Hecker, Lehrbuch, S. 89, Komm. S. 82.

erforderlich: „Behufs Erreichung der einer Armee gestellten Aufgabe ist es unabweisbar notwendig, daß der Soldat den Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten unbedingt gehorcht und ihm ein Urteil über die Rechtmäßigkeit und Folgen des Dienstbefehles nicht zusteht" Hecker führt dann weiter aus, daß demzufolge der Gesetzgeber von selbst vor die Frage gestellt war, „ob der Soldat auch dann dem Befehl seines Vorgesetzten folgen müsse, wenn der Befehl auf Ausführung einer mit Strafe bedrohten Handlung geht." Er bejaht dies und findet den Grund für die Straflosigkeit des Untergebenen darin, daß die befohlene Handlung für diesen eine erlaubte ist.

Der Kommentar von Koppmann-Weigel [1] stellt das Recht zu befehlen der Pflicht zu gehorchen gegenüber. Er ist der Ansicht, daß der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen die Rechtswidrigkeit der aufgrund des Befehls vorgenommenen Handlung soweit ausschließe, als die Rechtsordnung die bindende Kraft des Befehls anerkenne. Die Anerkennung erblickt er im § 47 M. St. G. B. „als notwendige Folge des militärischen Unterordnungsverhältnisses."

Zur Begründung dieser Ansicht erscheinen die folgenden Sätze der Einleitung des Kommentars wie geschaffen:

> „Der leitende Gedanke (bei Schaffung des M. St. G. B.) war, das M. St. G. B. tunlichst dem bürgerlichen Gesetzbuch zu assimilieren, es mit den Grundgedanken desselben und dadurch mit den Anforderungen der Strafrechtswissenschaft in Einklang zu bringen, dies jedoch nur zu bis einem gewissen Grade, nämlich insoweit, als die besonderen Bedürfnisse des Heeres und die als oberstes Gesetz geltende Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin in demselben damit vereinbar sind. Wo eine Assimilierung mit dem Zivilstrafrecht die Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Disziplin besorgen ließ, da wurde von der Gleichstellung abgesehen und lieber die Verschiedenheit ertragen, als daß man die Disziplin gefährdete und dadurch die Lebensbedingungen der Armee erschütterte."

Nicht ausdrücklich entschieden wird die Streitfrage in den neueren Kommentaren zum Militärstrafgesetzbuch. Jedoch scheint allgemein die Neigung zu bestehen, den rechtswidrigen verbindlichen Befehl im Rahmen des § 47 M. St. G. B. anzuerkennen. Fuhse [2] spricht bei den Erläuterungen zum § 47 von der „unbedingten Gehorsamspflicht des Soldaten", der gegenüber es nur wenige Ausnahmen gäbe. Rittau [3] gibt jedem Untergebenen die Befugnis, einem ihm erteilten Befehl (in Dienstsachen), durch welchen ein Strafgesetz verletzt wird, „unbedenklich ohne weiteres" Folge zu leisten, ohne daß dieser zu befürchten brauche, seinerseits eine strafbare Handlung zu begehen und deshalb zur Verantwortung gezogen

---

[1] von Koppmann-Weigel § 47, Anmerk. 4 ff.
[2] Fuhse, § 47, 4.
[3] M. Rittau, § 47, 4.

zu werden ‹ausgenommen bei den Ausnahmen des § 47 M. St. G. B.›. Eine Einordnung des rechtswidrigen verbindlichen Befehls in die allgemeinen Strafrechtsbegriffe wird in beiden Kommentaren nicht vorgenommen.

Zur Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Befehls als eines Rechtfertigungsgrundes bekennen sich u. a.: der „Leipziger Kommentar", [1]› Wachenfeld, [2]› Meyer-Allfeldt, [3]› von Ammon, [4]› Krämer, [5]› Göbel, [6]› und Finger [7]›.

Eine gesonderte Betrachtung erfordert die Auffassung Franks [8]›. Er rechnet den rechtswidrigen verbindlichen Befehl — wie es hier geschieht — ebenfalls als zur Lehre der Pflichten ‹Interessen-›kollision gehörend und erkennt, daß im § 47 M. St. G. B. der Gehorsamspflicht der allgemeinen Rechtspflicht gegenüber der Vorzug gegeben wird. Da der Vorgesetzte für auf Befehl begangene strafbare Handlungen die Verantwortung zu tragen hat, führt Frank weiter aus, „ergeben sich für die rechtliche Beurteilung Schwierigkeiten".

Die M. E. Mayer'sche Entschuldigungslehre hält Frank nicht für richtig, weil man von Schuld und Entschuldigung nur bei einem rechtswidrigen Verhalten sprechen könne. „Hier aber hat der Untergebene gerade das getan, wozu er rechtlich verpflichtet war. Einer Entschuldigung bedarf es also nicht." Daß der Vorgesetzte gleichwohl für die Handlung des Untergebenen haftet, erklärt Frank daraus, „daß die in dem Befehl liegende Rechtfertigung natürlich nur zu Gunsten des Untergebenen und nicht des Befehlenden selbst wirken" könne. In Verfolg dieser Ansicht kommt Frank dann zur Annahme eines nur „subjektiven Rechtfertigungsgrundes", den er zum ersten Mal in der 14. Auflage seines Kommentars erwähnt und den er auch trotz der ihm zuteil gewordenen Angriffe zunächst aufrecht erhält. [9]›

Gegenüber dieser längere Zeit temperamentvoll vertretenen Auffassung ist nun neuestens ein Zurückweichen zu verzeichnen, das fast wie ein Uebergang in das andere Lager aussieht. In der 18. Auflage läßt nämlich Frank seine alte Lehre großenteils fallen. Beibehalten wird zwar die Ansicht, daß auch rechtswidrige Befehle verbindliche Kraft haben können: „Die von M. E. Mayer aufgestellte Behauptung, daß die Verbindlichkeit eines auf eine Rechtswidrigkeit gerichteten Befehls nicht anerkannt werden könne, bedeutet eine Selbstüberhebung der Theorie gegenüber dem Gesetz."

---

[1]› Lobe, Einleitung III 8.
[2]› Wachenfeld, S. 133.
[3]› Meyer-Allfeldt, § 33, 3
[4]› von Ammon, S. 63.
[5]› Krämer, S. 20.
[6]› Göbel, S. 6, 8.
[7]› Finger, § 81.
[8]› Vorbemerkung III zum 4. Abschnitt.
[9]› vgl. 15., 16., 17. Auflage.

Dann aber fährt Frank fort: „Es geht aber viel zu weit, wenn man schlechthin (!) die Rechtmäßigkeit der Handlung (des Untergebenen) behauptet." Er begründet dies mit einer Wendung des von Liszt-Schmidt'schen Lehrbuchs, wonach bei Verneinung der Rechtswidrigkeit der Befehlsberechtigte „die Rechtsordnung außer Kraft setzen könne" und meint — etwas vorsichtig ausgedrückt — als Rechtfertigungsgrund im eigentlichen Sinne könne die Gehorsamspflicht nicht angesehen werden. Seinen früher geprägten Begriff des „subjektiven Rechtfertigungsgrundes" läßt Frank hiernach fallen — „dieser Terminus hat keinen Beifall gefunden" — ohne sich jedoch auf etwas anderes eindeutig festzulegen; seine Formulierung: „Die Anhänger der hier vertretenen Lehre fassen die Gehorsamspflicht als Entschuldigungsgrund auf" erscheint jedenfalls nicht genügend klar.

Es ist hier noch kurz auf die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichtes einzugehen, dem der Begriff des rechtswidrigen verbindlichen Befehls früher durchaus geläufig war. So spricht das R. M. G. in der Entscheidung Band 19, Seite 190 davon, daß die Annahme des Untergebenen, der Vorgesetzte bezwecke möglicherweise mit dem Befehl die Ausführung eines Verbrechens, nicht dazu genügt, seine Gehorsamspflicht aufzuheben. Ebenso darf nach R. M. G. Bd. 13, S. 180 der Untergebene jedem Befehl (in Dienstsachen) u n b e d e n k l i c h gehorchen, ohne befürchten zu müssen, seinerseits eine strafbare Handlung zu begehen, wenn durch die Ausführung des Befehls ein Strafgesetz verletzt wird.

Aus beiden Entscheidungen geht hervor, daß das R. M. G. die Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Befehls anerkennt. — In späteren Entscheidungen — besonders R. M. G. Bd. 20, S. 67 und R. G. 59, S. 330 ist die Hinneigung allein zur Verbindlichkeit des rechtmäßigen Befehls unverkennbar. Hiergegen hat sich in scharfen Worten von Ammon gewandt. [1])

Ob das R. M. G. und das R. G. der Rechtfertigungs- oder der Entschuldigungslehre huldigen, kann aus ihren Erkenntnissen nicht mit Sicherheit entnommen werden. Die oben angezogene Entscheidung in Bd. 13, S. 180, welche davon spricht, daß der Untergebene bei Ausführung eines auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehls nicht zu befürchten brauche, seinerseits eine strafbare Handlung zu begehen, macht die Neigung zur Rechtfertigungslehre wahrscheinlich.

Wer die juristische Bedeutung des rechtswidrigen verbindlichen Befehls erkennen will, darf nicht vergessen, daß das Militärrecht ein Sonderrecht, auf einen bestimmten Zweck zugeschnitten ist. Schon eingangs wurde ausgeführt, eine wie große Rolle die Gehorsamspflicht im Leben des Soldaten spielt. Sie bildet die Brücke, auf der auch der fanatischste Theoretiker des allgemeinen Strafrechts gefahrlos

---

[1]) von Ammon, S. 56, Anm. 1.

die mannigfachen Klippen und Strudel des Militärrechts überschreiten kann. Nur aus sich selbst heraus kann das Soldatenrecht, nur aus der Gehorsamspflicht kann der rechtswidrige verbindliche Befehl verstanden werden.

Schlicht und einfach sagt Artikel 6 der „Berufspflichten des Deutschen Soldaten": „Der Soldat ist seinen Vorgesetzten Achtung und Gehorsam schuldig." Zwar kann dieser Bestimmung eine juristische Bedeutung nicht beigemessen werden. — „Jeder Stand hat seine Pflichten." — Sie ist lediglich als Ausdruck dieser einem Heer innewohnenden, ihm ganz eigentümlichen Eigenart des Verhältnisses von Vorgesetzten zu Untergebenen zu betrachten. Wie ernst aber die Gehorsamspflicht zu nehmen ist, erhellt aus dem 6. Abschnitt des M. St. G. B., der „strafbare Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung" behandelt und nach dem der Soldat gewärtig sein muß, für Verstöße gegen die Gehorsamspflicht schwer bestraft zu werden Die Höhe der möglicherweise zu erkennenden Strafe — nach § 95 Abs. 3 u. U. Todesstrafe! — unterstützt nachdrücklich die Bedeutung, die hier der militärischen Gehorsamspflicht beigelegt wird. Gegenüber dieser unnachsichtlichen Forderung nach Disziplin, die besonders dem jungen Soldaten gegenüber nicht oft genug wiederholt werden kann, gibt es nichts anderes als: Gehorchen. Eine gesetzliche, juristisch einwandfreie Bestimmung dessen, was der Soldat darunter versteht, gibt es nicht; sie wäre alles andere als wünschenswert. Aber spürbar ist sie überall im Strafgesetzbuch des Soldaten, so auch im § 47, der die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene strafbare Handlungen regelt. Mit der Gehorsamspflicht hat der Gesetzgeber bei Schaffung der Bestimmung gerechnet, von der Normierung aber abgesehen, weil das aus militärischen Gründen notwendig erschien.[1] Mit ihr als Voraussetzung erst konnte der § 47 geschaffen werden, denn gäbe es keine Gehorsamspflicht, die sogar Uebertretung der Gesetze zur Folge haben kann, so wäre unverständlich, warum der Untergebene in solchen Fällen von Strafe frei bleiben soll. Keineswegs ist ein Rückschluß nötig, wie manche ihn machen, in dem Sinn, daß, weil der Soldat für auf Befehl begangene strafbare Handlungen straflos sei, er allen Befehlen gehorchen müsse. Das Primäre ist die Gehorsamspflicht und in der Regel des § 47 ist sie zum Ausdruck gekommen. Ihre Grenzen interessieren hier vorläufig noch nicht, wo es sich darum handelt, festzustellen, daß sie den Soldaten zwingt, alle — in Dienstsachen — ergangenen Befehle zu befolgen, grundsätzlich auch die rechtswidrigen.

Die Beantwortung der Frage, warum der Soldat, der gehorcht, straffrei bleibt,[2] kann nun nicht mehr schwerfallen. Gegenüber stehen sich die allgemeine Rechtspflicht, nichts Verbotenes zu tun, der auch

---

[1] Ueber die Geschichte des § 47 vgl. S. 14 ff.
[2] Bei auf Befehl begangenen strafbaren Handlungen!

der Soldat unterliegt, und die Gehorsamspflicht, die den Soldaten zwingt, selbst das Verbotene zu tun. Für einen solchen Fall ist es anerkannten Rechtes,[1] daß „die höhere Pflicht auf Kosten der niederen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren nicht rechtswidrig ist." Dabei ist nicht notwendig, daß der Rechtssatz, der der an sich verbotenen Handlung den Charakter der Rechtswidrigkeit nimmt, im Gesetz ausdrücklich niedergelegt ist. Er kann sich auch aus den Grundsätzen des gesetzten und ungesetzten Rechts ergeben, insbesondere auch „aus den rechtlich anerkannten militärischen Notwendigkeiten". Die Gehorsamspflicht des Soldaten ist zweifellos eine solche militärische Notwendigkeit. Es kann sonach keinem Bedenken unterliegen, die Grundsätze der Lehre von der „Pflichtenkollision" auch auf das Militärrecht anzuwenden.[2] Fragt man dann, welche Pflicht höher zu bewerten sei, die Gehorsamspflicht oder die allgemeine Rechtspflicht, so kann im Regelfall die Entscheidung nur zugunsten der Gehorsamspflicht fallen. Van Calker betont hierbei,[3] daß die Aufrechterhaltung der Disziplin nicht nur im militärischen, sondern ebensosehr auch im allgemeinen öffentlichen Interesse liege. Diese durchaus richtige Erwägung macht es leichter verständlich, daß eine Sonderpflicht der allgemeinen Rechtspflicht gegenüber höher zu bewerten ist. Eine nicht besonders schwere Verletzung der Interessen seiner Bürger kann der Staat leichter ertragen als fortgesetzte Schädigungen der militärischen Disziplin, deren Verfall seine Autorität völlig untergraben und ihn damit dem Untergang entgegenführen kann. Gehorcht der Soldat einem auf die Begehung einer verbotenen Handlung gerichteten Befehl, so kann die Ausführung des Befehls, weil pflichtgemäß, nicht rechtswidrig sein. Er bleibt von Strafe frei, weil der Befehl sein Tun rechtfertigt.

B. Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Verbrechen.

Im Vorstehenden wurde nachgewiesen, daß das Militärrecht verbindliche Befehle kennt, die auf Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet sind. Dieser auffälligen Erscheinung sollten Gesetzesbestimmungen entsprechen, die sich mit besonderer Klarheit mit ihnen und ihren strafrechtlichen Folgen befassen. Nach geltendem Recht ist das bedauerlicherweise nicht der Fall, denn der § 47 M. St. G. B., der sich im wesentlichen als hier in Betracht kommende Gesetzes-

[1] Frank, Vorb. III zum 4. Abschnitt Binding, Hdb. S. 805, R. G. Bd. 61, S. 254, R. G. 63, S. 225, R. G. 59, S. 406, R. M. G. 17, S. 44.

[2] Ausdrücklich wird das vom Reichsgericht anerkannt in der Entscheidung vom 29. Oktober 1925, Bd. 59, S. 406.

[3] a. a. O. S. 115.

bestimmung ausweist, ist sehr wenig klar. Aus seinem Wortlaut:

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers 1) wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat oder 2) wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

geht zwar hervor, daß grundsätzlich der Untergebene für auf Befehl begangene strafbare Handlungen unverantwortlich sein soll. Es wird auch gesagt, daß nur „Befehle in Dienstsachen" in Betracht kommen, es fehlt jedoch eine eindeutige Bestimmung dessen, was das Gesetz unter einem solchen Befehl versteht. Sollte ferner nur die Unverantwortlichkeit des Untergebenen geregelt werden oder bezeichnet der § 47 weitergehend auch die Grenzen der Gehorsamspflicht? Und schließlich: Wie ist bei den Ausnahmen der Ziffer 1) und 2) die Strafbarkeit des Untergebenen zu verstehen, den das Gesetz „als Teilnehmer" bestraft wissen will? Die Frage der Verantwortlichkeit für auf militärische Befehle begangene Verbrechen kann erst gelöst werden, wenn klargestellt ist, wann sie befolgt werden müssen und wann nicht. Das kann nur die Auslegung des § 47 ergeben.

Der § 47 des geltenden Militärstrafgesetzbuches ist seiner Entstehungsgeschichte nach im wesentlichen auf den § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches von 1845 zurückzuführen. [1] Dieser lautete:

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers 1) wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat oder 2)wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte."

Mit Ausnahme der hier besonders kenntlich gemachten Stellen stimmt also § 47 M. St. G. B. mit dem § 71 des Preuß. M. St. G. B. wörtlich überein. Umso näher liegt daher die Annahme, daß beide Vorschriften dasselbe besagen.

Klar läßt die preußische Bestimmung erkennen, daß sie die Unverantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene Verbrechen regeln will. Die Verantwortung trägt in der Regel der Vorgesetzte, ausnahmsweise tritt auch Verantwortung des Untergebenen ein. Aus den Ausnahmen aber gerade geht hervor, daß der preußische Soldat in bestimmten, wenigen Fällen nicht zu gehorchen brauchte, nicht gehorchen durfte, wollte er

[1] Vgl. hierzu Bindung, Hdb. S. 100 ff., von Koppmann, S. 164 ff., Hecker, L. S. 92.

sich nicht selbst strafbar machen. Damit liegt in dem § 71 nicht nur der Ausspruch der Unverantwortlichkeit des Untergebenen, sondern auch eine Festsetzung der Grenzen der militärischen Gehorsamspflicht. Wenn nicht die beiden Ausnahmen vorlagen, mußte der preußische Soldat einem „Befehl in Dienstsachen" unbedingt gehorchen. [1] Da nun aber nicht zu bestreiten ist, daß die Ausnahme der Ziffer 1) nur eine scheinbare ist — der Befehl deckt ja nur die befohlene Handlung, eine Ueberschreitung fällt stets dem Untergebenen allein zur Last — ist aus dem § 71 für das preußische Recht der Grundsatz zu entnehmen, daß der Soldat den „Befehlen in Dienstsachen" gehorchen mußte, außer, wenn ihm bekannt war, daß der Befehl eine Handlung betraf, „welche offenbar ein Verbrechen bezweckte". Die Gehorsamspflicht war also eine beschränkte, jedoch ist die Hinneigung zum unbedingten, „blinden" Gehorsam unverkennbar. [2]

Die zur Auslegung des § 71 erlassene Allerhöchste Kabinettsorder vom 27. III. 1860, [3] die als „authentische Interpretation" gilt, dehnte die Gehorsamspflicht weiter aus, indem sie den Untergebenen nur dann vom Gehorsam entband, „wenn in der Ausführung des auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehls eine Verletzung der militärischen Treue lag". In dem vom Preuß. Generalauditoriat zu dieser A. K. O. erlassenen Rundschreiben an die Militärgerichte heißt es u. a. [4]: „Die A. K. O. bezieht sich — nur auf die Ausführung solcher Befehle in Dienstsachen, wodurch ein Militärstrafgesetz verletzt wird, mit Ausschluß jedoch derjenigen Militärstrafgesetze, welche die Verletzung der militärischen Treue zum Gegenstand haben. — Auch die Ausführung gemeiner Verbrechen oder Vergehen wird von der gedachten A. K. O. nicht berührt." Nach Ansicht des Generalauditoriats durfte also der Soldat den Gehorsam nur dann versagen, wenn die durch einen „Befehl in Dienstsachen" anbefohlene strafbare Handlung sich als gemeines Verbrechen oder Vergehen oder als Verletzung der militärischen Treue darstellte. [5]

Während das Sächsische Militärstrafgesetzbuch von 1867 in seinem § 70 den § 71 des Preußischen Militärstrafgesetzbuches fast völlig übernommen hat, nimmt der Art. 65 des bayrischen M. St. G. B. von 1869 grundsätzlich eine andere Stellung ein, indem er die Regel aufstellt: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Tat macht in der Regel nicht straflos." Er fährt dann fort: „Jedoch macht der dienstliche Befehl eines Vorgesetzten, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wurde, den Untergebenen dann

---

[1] Das weist von Ammon. S. 54/55 überzeugend nach.
[2] So auch Battenberg, S. 70.
[3] Preuß. Mil. Ges. Samm., Bd. 6, S. 166.
[4] Zitiert nach van Calker, S. 81.
[5] a. A. Girginoff, S. 89, der sich jedoch über den Wortlaut des erwähnten Rundschreibens hinwegsetzt.

straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten noch gewußt hat, daß durch die Ausführung des Befehls nur die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckt wurde. — In allen Fällen bleibt der Befehlende strafrechtlich verantwortlich."

Im Gegensatz zur preußischen Auffassung, welche bei auf Befehl begangenen Verbrechen oder Vergehen den gehorchenden Untergebenen in der Regel für straflos hält, will also das bayrische Militärrecht den Untergebenen in der Regel n i c h t für straffrei erklären. Freilich wird durch die in beiden Gesetzesbestimmungen enthaltenen Ausnahmen von der jeweiligen Regel eine annähernde sachliche Gleichheit herbeiführt. Daß die Auffassung des bayrischen M. St. G. B. nicht bestimmend für die Entstehung des § 47 des geltenden M. St. G. B. gewesen sein kann, zeigt die weitere Entwicklung.

Bei den Beratungen zu einem allgemeinen Deutschen Militärstrafgesetzbuch spielte die oben genannte A. K. O. von 1860 insofern eine Rolle, als der Entwurf des Bundesrats vom 3. 4. 1872 in seinem § 58 die gleichen Grundsätze wie die A. K. O. enthielt: „Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilt hat, als Täter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt." Wäre dieser Vorschlag Gesetz geworden, so hätten wir heute, mit Ausnahme der Befehle, „deren Befolgung eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt", den Grundsatz der unbedingten Gehorsamspflicht des Soldaten. Der dem Reichstag vorgelegte Entwurf fand jedoch keine Annahme, wurde vielmehr einer Kommission zur Umarbeitung übertragen,[1] welche den Grundsatz der fast ausschließlichen Gehorsamspflicht ablehnte. Ihren dem § 71 des Preuß. M. St. G. B. nachgebildeten Vorschlag nahm der Reichstag als § 47 des geltenden M. St. G. B. an.

Damit ist nachgewiesen, daß der § 47 geltenden Rechts auf das preußische Militärstrafgesetzbuch zurückzuführen ist. Das ist bei der Auslegung der Gesetzesbestimmung zu berücksichtigen. Unter Zugrundelegung der oben — S. 15 — gewonnenen Grundsätze ist demnach festzustellen, daß der § 47 M. St. G. B. mit der Unverantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene strafbare Handlungen zugleich die Grenzen der Gehorsamspflicht des Soldaten regelt.[2] Danach hat der Soldat grundsätzlich einem „Befehl in

---

[1] Darüber berichtet Binding, Hdb. S. 160 ff.

[2] Diese Ansicht wird heute überwiegend anerkannt. Vgl. Frank, Vorb. III zum 4. Abschn., Binding a. a. O., Meyer-Allfeldt, S. 138, Wachenfeld, S. 133, von Koppmann-Weigel, § 47 S. 169, Van Calker, S. 113. Battenberg, S. 69, von Ammon, S. 56, auch R. M. G. 13, S. 18. A. A. M. E. Mayer, Festschr. S. 148 ff., Romen-Rissom, § 47[13], Thiessen, S. 14.

Dienstsachen" zu gehorchen, es sei denn, daß die Ausnahme des § 47 Ziff. 2 vorliegt. Was unter einem „Befehl in Dienstsachen" zu verstehen ist, bleibt nunmehr auszuführen.

Eine gesetzliche Bestimmung des Begriffes „Befehl in Dienstsachen" ist nicht vorhanden. Die Schwierigkeit, ihn zu definieren, würde weniger groß sein, wenn ihm, als dem zweifellos auf den militärischen Dienst bezüglichen Befehl, lediglich „Befehle in Privatsachen" ohne Beziehung zum militärischen Dienst gegenüberständen. Das Militärstrafgesetzbuch kennt aber außer diesen beiden Gruppen von Befehlen auch noch „Dienstbefehle", heute allerdings nur noch in den §§ 58[7] und 96, während es von „Befehlen in Dienstsachen" in den §§ 47, 92 und 95 spricht. In Anbetracht dieser vom Gesetz vorgeschriebenen Unterscheidung ist es falsch zu behaupten,[1] daß „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl" dasselbe bedeuteten. Eine andere Frage ist es freilich, ob die Unterscheidung sich bewährt und wie die Praxis sich dazu gestellt hat. Es geht jedoch nicht an, die vom Gesetz vorgenommene Unterscheidung zu leugnen und sich damit über das Gesetz hinwegzusetzen. Zudem sprechen andere Gründe dafür, daß die Unterscheidung auch heute noch eine gewollte ist. — In der ursprünglichen Fassung des M. St. G. B. wurde der „Befehl in Dienstsachen" außer in § 47 nur noch in § 92 erwähnt, in § 94 fand er sich mit dem „Dienstbefehl" zusammen, der letztere sich außerdem in den §§ 58[7] und 96. Durch das „Gesetz zur Vereinfachung des Militärstrafrechts" vom 30. April 1926 und die hierauf folgende Neu-Bekanntmachung des Textes des Militärstrafgesetzbuches vom 16. Juni 1926 ist der sechste Abschnitt des M. St. G. B.. die „Strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung" betreffend, wesentlich geändert worden.[2] Es war also die Möglichkeit vorhanden, dem Streit, was unter einem „Befehl in Dienstsachen", was unter einem „Dienstbefehl" zu verstehen sei, ein Ende zu machen, entweder durch Zusammenfassung beider Begriffe — wie es offenbar die Praxis will — oder durch eine gesetzliche Definition. Von den beiden Möglichkeiten ist jedoch sehr zum Schaden der Klarheit und entgegen der Absicht des Gesetzes — Vereinfachung! — kein Gebrauch gemacht worden. Man wird deshalb nicht fehlgehen mit der Behauptung, daß der Unterschied bewußt aufrecht erhalten worden ist. Dafür spricht auch, daß man aus § 94 geltenden Rechts den „Dienstbefehl" hinausgelassen, in § 95 dagegen den „Befehl in Dienstsachen" hineingenommen hat. Eine Auseinandersetzung mit beiden Begriffen ist daher nicht zu umgehen.

An die Entscheidung der Streitfrage ist, mangels einer gesetzlichen Definition, mit den Mitteln der Auslegung heranzugehen. —

---

[1] So Fuhse, § 92, Anm. 2.

[2] Ueber die einzelnen Aenderungen vgl. Grünwald in G. A. Bd. 71., S. 5.

Der Wortlaut versagt, denn damit, daß beide Befehle sich offenbar auf den Dienst beziehen, ist nichts gewonnen.

Eher kann schon die Entstehungsgeschichte des § 47 M. St. G. B. zum Ziele führen. Im preußischen Recht scheint man zwar auf eine unterschiedliche Behandlung, obwohl § 71 Preuß. M. St. G. B. den „Befehl in Dienstsachen" kennt, keinen Wert gelegt zu haben. Art. 22 der „Kriegsartikel" verpflichtet den Soldaten, jedem Befehl irgend eines Vorgesetzten pünktlich Folge zu leisten.[1] Die Motive zum Entwurf eines allgemeinen Deutschen Militärstrafgesetzbuches unterscheiden jedoch zwischen „Befehlen in Dienstsachen": Befehle eines dienstlich ‹direkt› Vorgesetzten, welche eine Dienstangelegenheit betreffen, und „Dienstbefehlen": alle anderen Befehle irgend eines Vorgesetzten, auch wenn sie mit dem Dienst in keiner Beziehung stehen.[2] Diese letztere Ansicht ist jedenfalls unrichtig. Wenn ein Befehl überhaupt keine Beziehung zum Dienst hat, geht es auch nicht an, ihn als D i e n s t befehl zu bezeichnen. Wollte man sie für das geltende Recht zugrunde legen, so wäre nicht verständlich, warum das Gesetz, das in § 114 Befehle kennt, die „in keiner Beziehung zum Dienst stehen", diese nicht auch als „Dienstbefehle" bezeichnet hat. Gerade diese Vorschrift beweist, daß auch „Dienstbefehle" immer eine Beziehung zum militärischen Dienst haben müssen. — Es kann auch nicht der Standpunkt der Motive als richtig anerkannt werden, daß „Befehle in Dienstsachen" nur von einem dienstlich ‹direkt› Vorgesetzten erteilt werden können. Folgerichtig brauchte dann der Soldat dem Befehle eines Vorgesetzten, der nicht sein dienstlich ‹direkt› Vorgesetzter ist, keine Folge zu leisten! Das widerspricht den Grundsätzen der militärischen Unterordnung und würde besonders im Kriege die schlimmsten Folgen haben. Eine praktische Wirkung hat der Vorschlag der Motive denn auch nicht gehabt, da in der preußischen Praxis jeder Befehl irgend eines Vorgesetzten als „Befehl in Dienstsachen" betrachtet wurde, sobald er in Beziehung zum Dienste stand.[3]

Unzulänglich ist auch der Versuch geblieben, den „Befehl in Dienstsachen" als eine Unterart des „Dienstbefehls" aufzufassen, derart, daß dieser letztere sich als Befehl irgend eines Vorgesetzten darstelle, gleichgültig, was er betreffe, „Befehl in Dienstsachen" dagegen nur derjenige sei, der direkt oder indirekt den Dienst betreffe. Nach dieser, der preußischen Praxis eigenen, auch sonst vertretenen Auffassung[4] würde ein „Befehl in Dienstsachen" eine Unterart des „Dienstbefehls" sein. Diese Ansicht kann nicht befriedigen, denn wenn nur dem „Befehl in Dienstsachen" die reine

---

[1] Hecker, G. A. Bd. 30, S. 120.

[2] Motive S. 80, vgl. auch van Calker, S. 98.

[3] vgl. Hecker, L. S. 91.

[4] von Koppmann, § 47[9], Weiffenbach, S. 46, von Nostiz-Wallwitz, S. 13.

und ausschließliche Beziehung zum Dienst zugesprochen werden soll, würden durch den „Dienstbefehl" lediglich Privatangelegenheiten befohlen werden können. Das ist aber weder mit dem Wortlaut — D i e n s t befehl — noch damit vereinbar, daß das Gesetz in § 114 Befehle kennt, „die" in keiner Beziehung zum Dienst stehen, diese jedoch keineswegs als „Dienstbefehle" bezeichnet.

Die Rechtsprechung des Reichsmilitär-(Reichs-)gerichts läßt keine klare Unterscheidung beider Begriffe erkennen. In R. M. G. 1, S. 111 wird die endgültige Entscheidung „militärischen Dienstvorschriften oder militärdienstlichen Grundsätzen" überlassen, jedoch eingeräumt, daß sich auch hieraus kein klares Bild ergibt. Unter „Befehl in Dienstsachen" wird hier verstanden „jeder von irgend einem Vorgesetzten berechtigtermaßen, sei es auch nur mit Rücksicht auf die allgemeinen Dienstverhältnisse des Untergebenen, erteilte Befehl". Beachtlich ist hieran, daß auch die allgemeinen Dienstverhältnisse, also nicht nur speziell militärdienstliche Angelegenheiten, nach Ansicht des R. M. G. Gegenstand eines „Befehls in Dienstsachen" sein können. (Die Entscheidung behandelte einen Befehl, der die Aufrechterhaltung der militärischen Zucht und Ordnung bei einer an sich privaten Eisenbahnfahrt zum Gegenstand hatte.)

In R. M. G. 5, S. 5 wird ausgeführt, daß sowohl spezielle als auch allgemeine dienstliche Anordnungen einen „Befehl in Dienstsachen" darstellen können. Hier neigt das R. M. G. jedoch dazu, „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl" gleichzusetzen, im Gegensatz zu R. M. G. 2, S. 74, wo der bestehende Unterschied ausdrücklich anerkannt wird. — Eingehend wird in R. M. G. 5, S. 152 erläutert, was unter Dienstsache und, darauf fußend, „Befehl in Dienstsachen" zu verstehen sei. „Unter Dienstsache muß der Inbegriff alles dessen verstanden werden, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint. Was dies im Einzelfall ist, muß sich aus militärischen Regeln und Grundsätzen ergeben. — „Befehl in Dienstsachen" liegt vor, wenn ein zur Befehlsgebung Berechtigter in gebietender Weise von einem seiner Befehlsgewalt Unterworfenen ein Handeln oder Unterlassen fordert, dessen Vornahme oder dessen Unterbleiben das Wesen des militärischen Dienstes erheischt." In der gleichen Entscheidung stellt das R. M. G. auch fest, daß „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl" stets auf den militärischen D i e n s t bezogen sein müssen.

Eine deutliche Abgrenzung des „Befehls in Dienstsachen" vom „Dienstbefehl" ist aus der Rechtsprechung des R. M. G. nicht erkennbar. Auffällig ist jedoch die starke Neigung, den „Befehl in Dienstsachen" möglichst weit auszudehnen. Daraus kann wohl geschlossen werden, daß dem „Befehl in Dienstsachen" eine größere Bedeutung beigemessen wird als dem „Dienstbefehl".

M. E. Mayer, [1]) Rotermund, [2]) Herz-Ernst, [3]) Thielke [4]) u. a. sehen den Unterschied darin, daß „Dienstbefehl" einen reinen „Formalbegriff" bedeute, wogegen „Befehl in Dienstsachen" den materiellen Inhalt eines Befehls betreffe. „Für den „Dienstbefehl" ist wesentlich die Form, gleichgültig der Inhalt; für den „Befehl in Dienstsachen" ist der Inhalt wesentlich, die Form gleichgültig." Dieser Unterscheidung kann beigestimmt werden, soweit sie sich darauf beschränkt, für den „Befehl in Dienstsachen" dessen Inhalt für maßgeblich zu erklären. Dienstsache ist alles, was irgendeine Beziehung zum militärischen Dienst erkennen läßt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Eigenart des militärischen Dienstes eine solche Ausdehnung des Begriffes „Dienstsache" zuläßt, daß darunter auch Angelegenheiten fallen können, denen man nicht ohne weiteres eine Beziehung zum militärischen Dienst ansieht. So hat das Verbot, eine pazifistische Filmvorführung zu besuchen, wenn es aus dem Grund ergeht, eine Untergrabung der Manneszucht durch dem militärischen Dienst wesensfremde oder gar feindliche Ideen zu verhüten, sicherlich Beziehungen zum Dienst.

Als Folge des in jedem Befehl enthaltenen Ge- oder Verbots tritt ein Tun oder Unterlassen, ein Handeln ein. Das bedingt, daß der Befehl auf eine bestimmte, im Interesse des Dienstes erforderliche Handlung gerichtet sein muß. Diesem Zweck dienen jedoch nicht nur Befehle i. e. S. Das militärische Leben kennt außer ihnen dienstliche Anordnungen, Kommandos, Instruktionen, Dienstvorschriften u. a. Alle diese können, zum Teil aus sich selbst heraus, zum Teil vermöge eines auf sie gestützten Befehls, dienstliche Handlungen des Soldaten zur Folge haben. Sie sind zweckmäßig als allgemeine Dienstvorschriften zu bezeichnen. Hiernach ist als „Befehl in Dienstsachen" zu bestimmen:

> Jeder Befehl und jede auf den allgemeinen Dienstvorschriften beruhende Anordnung eines Vorgesetzten [5]), die eine bestimmte Diensthandlung betreffen.

„Dienstbefehl" ist dagegen:

> Jeder andere Befehl eines Vorgesetzten, der in Beziehung zum militärischen Dienst steht.

Die Beziehung zum Dienst m u ß bei beiden vorhanden sein. Daher sind „Befehle in Privatsachen", die keinerlei Beziehung zum militärischen Dienst erkennen lassen, weder „Dienstbefehle" noch

---

[1]) D. M. St. R., 1, S. 70.
[2]) Rotermund § 47[6].
[3]) Herz-Ernst § 47[2]).
[4]) Thielke, S. 56/57
[5]) Wer Vorgesetzter ist, bestimmt sich nach den Dienstvorschriften. (R. M. G. 1, S. 200.) Vgl. auch die Verordnung des Reichspräs. über die Rang- und Vorgesetztenverhältnisse der Soldaten des Reichsheeres vom 10. Dezember 1926. (Heeresverordnungsblatt S. 989).

„Befehle in Dienstsachen". [1] Daß der „Dienstbefehl" sich durch eine besondere dienstliche Form auszeichnen müsse, [2] ist weder nötig noch richtig. In dienstlicher Form ergeht auch der „Befehl in Dienstsachen".

Die Schwierigkeit der Abgrenzung beider Begriffe ist unverkennbar. Einer künftigen Neuregelung bleibt es vorbehalten, sie zu beseitigen.

Praktisch wird der Unterschied nach geltendem Recht dadurch, daß Ungehorsam einem bloßen „Dienstbefehl" gegenüber mit Disziplinarstrafe (§ 4 Disz. Str. Ord.) geahndet wird. [3] Es genießt ferner der Soldat, der einem gegen die Strafgesetze verstoßenden „Dienstbefehl" folgt, nicht den Schutz des § 47 M. St. G. B. Der einen „Befehl in Dienstsachen" befolgende Untergebene dagegen wird von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine in Ausführung des Befehls vorgenommene strafbare Handlung im Rahmen des § 47 befreit.

Grundsatz des § 47 M. St. G. B. ist, wie sich aus Abs. 1 ergibt, die ausschließliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten, für auf „Befehl in Dienstsachen" durch einen Untergebenen begangene Verletzungen von Strafgesetzen, damit zugleich aber auch unbedingte Gehorsamspflicht des Untergebenen, soweit er durch den Befehl gedeckt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn die Ausnahmen unter Abs. 2 Ziffer 1 und 2 vorliegen. Hierbei muß zunächst einschränkend gesagt werden, daß die Ausnahme unter Ziffer 1, nach der der einem „Befehl in Dienstsachen" gehorchende Untergebene ebenfalls verantwortlich ist, „wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat", nur eine scheinbare ist, da sie etwas selbstverständliches besagt. Der Befehl deckt immer nur die befohlene Handlung. Ueberschreitet der Untergebene den Befehl, so ist er nach allgemeinstrafrechtlichen Grundsätzen, die hier keine militärrechtliche Besonderheit aufweisen, ohne weiteres verantwortlich.

§ 47 Abs. 2, Ziffer 2 M. St. G. B. enthält dagegen eine echte Ausnahme von der Gehorsamspflicht des Soldaten. Dieser wird hiernach, wenn er einem ein Strafgesetz verletzenden Befehl eines Vorgesetzten folgt, ebenfalls bestraft, „wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte. Die Verantwortlichkeit tritt nur bei militärischen oder bürgerlichen Verbrechen oder Vergehen ein. Was militärische Verbrechen oder Vergehen sind, ergibt sich aus § 1 M. St. G. B., was bürgerliche sind, aus § 1 St. G. B. Nur bei Verbrechen oder Vergehen hört die Gehorsamspflicht des Soldaten auf. Bürgerliche Uebertretungen — militärische Uebertretungen gibt es gemäß § 1

---

[1] Falsch, weil gegen das Gesetz verstoßend, daher die Ansicht M. E. Mayer's, Dienstbefehle könnten „jeden überhaupt nur denkbaren Inhalt" haben.

[2] M. E. Mayer, Dt. M. St. R. S. 71.

[3] Vgl. jedoch §§ 58[7] und 96 M. St. G. B.

M. St. G. B. nicht — müssen auf Befehl immer begangen werden.[1] Bei ihnen ist der Vorgesetzte schlechthin, der Untergebene überhaupt nicht verantwortlich.

Die Initiative zu der strafbaren Handlung muß ferner vom Vorgesetzten ausgegangen sein, sein Befehl muß Anlaß des Handelns des Untergebenen gewesen sein. Hat der Vorgesetzte aber den Befehl erteilt und ist die Handlung vom Untergebenen ausgeführt worden, so kommt § 47 Abs. 2, Ziffer 2 nur dann zur Anwendung, wenn der Vorgesetzte die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens b e z w e c k t e. Die Besonderheit dieses geforderten Zweckes ist, obwohl sie sich aus dem Gesetz ergibt, nicht überall klar erkannt worden. Sie führt dazu, daß zum Vorsatz des Vorgesetzten auch noch eine bestimmte verbrecherische Absicht hinzukommen muß. Das R. M. G.[2] führt hierzu aus: „Erforderlich ist noch die Kenntnis des Untergebenen davon, daß durch den Befehl in Dienstsachen die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckt werde. Es genügt also nicht die Kenntnis, daß die Ausführung des Befehls tatsächlich die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens zur Folge habe. Hätte der Gesetzgeber eine derartige Kenntnis für ausreichend erachtet, so würde er in der fraglichen Ziffer 2 des Absatzes 2 dieselbe Ausdrucksweise wie am Eingang des § gebraucht haben. Daraus, daß das Gesetz dies nicht getan, vielmehr die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens als Zweck des Befehls hingestellt hat, ist zu schließen, daß es hiermit eine weitergehende Voraussetzung der fraglichen Ausnahmebestimmung hat schaffen wollen. Es soll also nicht der für die Begehung eines jeden vorsätzlichen Deliktes erforderliche allgemeine strafrechtliche Vorsatz des Vorgesetzten genügen, vielmehr ‹wird› eine gewisse Absicht hinzukommen müssen, durch das Mittel der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen".

Mit dem Erfordernis der besonderen Absicht rechtfertigt das Gesetz auch die in § 47 Abs. 2, Ziffer 2 enthaltene Ausnahme von der Gehorsamspflicht des Soldaten. Denn es kann diesem nicht zugemutet werden, dem so verwerflich handelnden Vorgesetzten, der seine Befehlsgewalt zur Begehung eines von ihm gewollten Verbrechens benutzen will, Gehorsam zu leisten.

Voraussetzung der Anwendbarkeit von § 47 Abs 2, Ziffer 2 ist also einmal neben dem allgemeinen strafrechtlichen Vorsatz des Vorgesetzten dessen besondere, auf einen rechtswidrigen Zweck gerichtete Absicht.[3] Sie allein genügt jedoch noch nicht, um die

---

[1] Fuhse, § 47, 4, Hecker, L. S. 90, von Koppmann, § 47, 20. A. A. M. E. Mayer, S. 158 ff.

[2] R. M. G. 13, S. 185.

[3] vgl. hierzu Frank, § 59[6]: „In einzelnen Fällen fordert das Gesetz einen über den äußeren Tatbestand hinausgehenden Bewußtseinsinhalt, den es als Absicht bezeichnet". — Ferner: v. Ammon, S. 60, Romen-Rissom, § 47, 16, auch R. M. G. 19, S. 185.

Gehorsamspflicht des Untergebenen auszuschließen. Die Absicht muß dem Untergebenen auch „bekannt" gewesen sein. Auch diese Kenntnis des Untergebenen muß, so will es das Gesetz, eine besonders geartete sein. Die bloße Annahme des Untergebenen, der Vorgesetzte bezwecke mit dem Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, reicht nicht aus, um ihn von seiner Gehorsamspflicht zu entbinden. Es genügt auch nicht, daß der Untergebene „sich sagen mußte", ein Verstoß gegen die Strafgesetze sei vom Vorgesetzten bezweckt. Nur dann hört seine Gehorsamspflicht auf, wenn er tatsächlich die Gewißheit erlangt hat, daß der Vorgesetzte mit Hilfe des Befehls die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckte. [1]

Da ferner — wie oben ausgeführt — der Vorgesetzte eine besondere, über den Vorsatz hinausgehende Absicht haben muß, muß sich die „Kenntnis" des Untergebenen auch auf diese Absicht erstrecken. Der Untergebene muß erkannt haben, daß gerade der verbrecherische Zweck den Anlaß zu der befohlenen strafbaren Handlung gegeben hat. Diese Erkenntnis hat er dann noch nicht, wenn er nur der Meinung ist, der Vorgesetzte bezwecke mit dem Befehl etwas Verbotenes oder wenn er befürchtet, daß durch Ausführung des ihm erteilten Befehls ein Strafgesetz verletzt werde. Nur dann hat der Untergebene den Gehorsam zu versagen, wenn er die Gewißheit erlangt hat, daß Zweck des Befehls und Absicht des Vorgesetzten die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens ist. Hat er aber diese Gewißheit erlangt, dann ist er *verpflichtet*, den Gehorsam zu verweigern, wenn er sich nicht selbst strafbar machen will.

Man darf nun nicht soweit gehen, vom Untergebenen zu verlangen, daß er gerade die juristische Natur der strafbaren Handlung als Verbrechen oder Vergehen erkannt haben müsse. Diese Forderung würde dem einfachen Soldaten gegenüber eine Unsinnigkeit bedeuten.

Von Ammon führt hierzu aus, [2] der Gesetzgeber sei offenbar deswegen zur Aufstellung der Ausnahme der Ziffer 2 Abs. 2 gekommen, weil der Befehl dann keine bindende Kraft mehr haben solle, wenn er sich dem Untergebenen als „besonders rechtswidrig" darstelle. Er schlägt vor, den Untergebenen bei von ihm erkannter *Strafbarkeit* der vom Vorgesetzten befohlenen Handlung von der Gehorsamspflicht zu befreien. Allerdings besteht auch hier die Schwierigkeit, dem Untergebenen den Begriff der „Strafbarkeit" einer Handlung auseinanderzusetzen. Auf eine juristisch einwandfreie und zugleich dem Soldaten verständliche Regelung wird man wohl verzichten müssen. Daran ist jedoch festzuhalten, daß objektiv

---

[1] So auch R. M. G. 13, S. 184.

[2] von Ammon, S. 61.

ein Verbrechen oder Vergehen vorliegen muß, wenn dem Untergebenen der Schutz des § 47 Abs. 2, Ziff. 2 zukommen soll.

Gegenüber der Behauptung,[1]) es stehe dem Untergebenen ein Prüfungsrecht inbezug auf die Rechtmäßigkeit des Befehls zu, ist zu betonen, daß nicht die Frage eines Prüfungsrechtes hier zu beantworten ist, daß es sich vielmehr nur darum handeln kann, festzustellen, inwieweit dem Untergebenen nach § 47 Abs. 2, Ziff. 2 eine Prüfungspflicht obliegt. Die Antwort gibt das Gesetz: Dadurch, daß Verantwortlichkeit des Untergebenen dann eintritt, wenn er trotz „Kenntnis" von dem beabsichtigten Verbrechen des Vorgesetzten den Befehl ausgeführt hat, zeigt das Gesetz auch den Weg, wie der Untergebene sich vor der Verantwortlichkeit schützen kann, gibt es ihm eine Mahnung, vor Ausführung des auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehls erst zu prüfen, ob der Vorgesetzte mit dem Befehl die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckt. Zu dieser Prüfung ist der Untergebene verpflichtet. Nimmt er sie vor, dann hat er seiner Rechtsbeachtungspflicht genügt und bleibt, wenn er den verbrecherischen Zweck des Vorgesetzten nicht erkannt hat, von Strafe frei. Hat er ihn erkannt, dann hat er auch die Pflicht, den Gehorsam zu verweigern, will er sich nicht selbst strafbar machen.

Die bisherigen Untersuchungen haben bewiesen, wie einzigartig die Gehorsamspflicht des Soldaten ist. Sie ist so stark, daß er selbst einem Befehl, der auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet ist, u. U. gehorchen muß. Diese Außerordentlichkeit kann nur den befremden, der das Militärrecht nicht genügend in seiner Besonderheit würdigt, es vielmehr lediglich nach allgemeinstrafrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet. Den Schöpfern des Militärstrafgesetzbuches war es von Anfang an klar, daß trotz aller Angleichungsbemühungen an das bürgerliche Strafgesetzbuch nicht immer eine Uebereinstimmung mit dessen Grundsätzen zu erzielen sein würde. Von Koppmann hat richtig darauf hingewiesen, daß „oberstes Gesetz die Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin" war. Derartige Anforderungen einem Menschen gegenüber, wie sie die militärische Gehorsamspflicht aufweist, können nur dann gestellt werden, wenn sie eine zur Erhaltung des Staates erforderliche Notwendigkeit sind. In Privatrechtsverhältnissen könnte eine so große Unterordnungspflicht nicht bestehen. Die Gehorsamspflicht des Soldaten stammt jedoch aus seiner besonderen Stellung im Staatsleben, und noch immer muß der staatlichen Notwendigkeit, mag sie auch hart sein, der Einzelne weichen. Das Heer verkörpert die Macht eines Staates am stärksten. Es ist das letzte, was der Staat, nach innen und nach außen, einsetzen kann. Dieser Aufgabe kann es nur dienen, wenn in ihm Disziplin herrscht, Disziplin, die mehr

[1]) So Battenberg, S. 78, z. T. auch Girginoff, S. 102.

ist als ein „eingedrillter" Begriff. Von ihr aus muß man die Gehorsamspflicht des Soldaten zu verstehen suchen und ohne Rücksicht auf sie sollte kein Jurist die kritische Sonde an die in gesetzliche Formeln gefaßten Lebensnotwendigkeiten einer Armee legen.

Der in § 47 M. St. G. B. enthaltenen Gehorsamspflicht des Soldaten, die sich selbst auf die Begehung strafbarer Handlungen erstrecken kann, entspricht seine grundsätzliche strafrechtliche Unverantwortlichkeit für auf Befehl begangene Verstöße gegen die Strafgesetze. Ausnahmsweise hört jedoch seine Gehorsamspflicht auf, ausnahmsweise ist auch der Untergebene für die eingetretene Rechtsgüterverletzung verantwortlich. Zeigte sich schon bisher bei der Auslegung des § 47, wie wenig klar diese so wichtige Gesetzesbestimmung ist, so werden die Unklarheiten um eine weitere vermehrt inbezug auf die Verantwortlichkeit des Untergebenen. Das Gesetz erklärt zunächst, „wenn durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt wird", den Vorgesetzten für „allein verantwortlich". Liegen jedoch die beiden Ausnahmen des Absatzes 2 vor, dann soll den Untergebenen, der dem gesetzlichen Verbot zuwider einen Befehl ausführt, „die Strafe des Teilnehmers" treffen. Aus dieser Fassung ist nur zu entnehmen, daß auch den Untergebenen Strafe treffen soll. W i e er zu bestrafen ist — und gerade darauf kommt es an! — darüber gibt das Gesetz keine Auskunft. Damit, daß es ihn als Teilnehmer bestraft wissen will, ist die Frage nicht gelöst, denn Teilnehmerschaft kann Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe sein. ⟨vgl. § 50 St. G. B.⟩. Zudem ist das Gesetz, wie die weitere Untersuchung ergeben wird, hier unlogisch. Es bleibt also nichts anderes übrig, als die allgemeinen Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme auch für die Verantwortlichkeit des Untergebenen in Anwendung zu bringen.[1] Dazu ist vor allem eine Klarstellung des Begriffes „Täter" erforderlich, denn — ohne Täterschaft keine Teilnahme.

Das Verbrechen als „schuldhafte, rechtswidrige, tatbestandsmäßige, mit Strafe bedrohte Handlung" kann nur von einer handlungsfähigen Person begangen werden. Verwirklicht diese einen Verbrechenstatbestand, so nennen wir sie T ä t e r. „Täter ist, wer seinen auf Setzung des Verbrechenstatbestandes gerichteten schuldhaften Willen verwirklicht hat."[2] Für den Täter muß der gesamte Verbrechenstatbestand in subjektiver wie in objektiver Beziehung vorliegen, subjektiv die Entschlußfassung, objektiv die Ausführung des Entschlusses. Vereinigt er allein beides in sich und wird er tätig allein

---

[1] Die Möglichkeit hierzu gibt § 2 M. St. G. B.: Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des Dtsch. St. G. B. in „Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden auf mil. Verbr. und Verg. entsprechende Anwendung."

[2] Binding, G. S. 76, S. 90.

auf sich gestellt, so bietet die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das von ihm begangene Verbrechen keine Schwierigkeiten. Er allein ist Täter und ihn nur trifft die Strafe. Oft bedient sich aber der Verbrecher anderer Gesinnungsgenossen, um seine verbrecherischen Zwecke zu erreichen, oft wirkt er mit anderen zusammen, sodaß erst das Zusammenwirken den beabsichtigten strafbaren Erfolg hat. Dem müssen auch die Strafgesetze Rechnung tragen. So gibt es Normen für den, der mit dem Täter zusammen tätig wird, für den, der ihn unterstützt, schließlich auch für den, der in ihm erst den verbrecherischen Entschluß entstehen läßt.

Als derartige Beteiligungsformen am Verbrechen bezeichnet das Gesetz die Mittäterschaft — § 47 — die Anstiftung — § 48 — und die Beihilfe — § 49 St. G. B. Da aufgrund dieser ganz verschiedenen Möglichkeiten des Zusammenwirkens mit dem Täter im konkreten Fall ein Erfolg eintritt, muß das Gesetz für die gemeinsame Verantwortlichkeit aller sorgen, es muß die Teilnehmerhaftung regeln. „Der Grundsatz der Teilnehmerhaftung bedeutet gemeinsame Verantwortlichkeit aller Mitwirkenden für ein und denselben Erfolg".[1]

Der verschiedene, mehr oder minder schwere Grad der Beteiligung ist die Grundlage für die strafrechtliche Bewertung. „Damit entwickelt sich der Grundsatz strafrechtlicher Teilnehmerhaftung zum Grundsatz der Verantwortlichkeit aller Mitwirkenden für den vom Täter verwirklichten Verbrechenstatbestand nach Maßgabe der verschiedenen Bedeutung ihrer Teilnahme am Zusammenwirken zu Handlung und Erfolg."[2]

Den verschiedenen Graden der Beteiligung entspricht die unterschiedliche strafrechtliche Verantwortlichkeit. So wird der Mittäter, der die Tat mit „ausführt", härter bestraft als der Gehilfe, der dem Täter nur „Hilfe leistet".

Im einzelnen bestraft das Gesetz diejenigen als Mittäter, die eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen. Der Begriff des Mittäters ergibt sich gesetzlich. Das Gesetz stellt darauf ab, ob er die Tat mit ausgeführt hat. Es liegt m. E. im Interesse einer gesunden Strafrechtsordnung, den nicht ganz scharfen Begriff „ausführen" so weit wie möglich auszudehnen. Jedenfalls ist ein Tätigwerden in irgend einer Form zu fordern. Gewöhnlich verlangt man volle Verwirklichung des objektiven und subjektiven Verbrechenstatbestandes. Den Mittäter trifft nach § 47 St. G. B. die Strafe des Täters.

Anstifter ist gemäß § 48 St. G. B. derjenige, der einen anderen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat und zwar unter Anwendung der im Gesetz näher bezeichneten „Mittel". Der Anstifter ist selbst nicht Täter, das ist vielmehr derjenige, den er angestiftet hat. Weil der An-

---

[1] Engelmann, S. 305.
[2] Engelmann, a. a. O.

stifter jedoch in dem Angestifteten den Entschluß zur Tat erst wachgerufen hat, in dem Bestreben, ihn zum Täter zu machen, bestraft ihn das Gesetz als ob er Täter sei. Dabei ist zu beachten, daß nur dann strafbare Anstiftung vorliegt, wenn der Täter, infolge der Bestimmung durch den Anstifter, die strafbare Handlung tatsächlich begangen oder doch zu begehen versucht hat.

Als Teilnehmer einer strafbaren Handlung nennt das Gesetz schließlich noch den Gehilfen, der nach § 49 St. G. B. dem Täter zur Begehung der strafbaren Handlung „durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe" geleistet haben muß, wenn ihn Strafe treffen soll. Er wird milder bestraft als alle anderen Beteiligten an einer strafbaren Handlung. ⟨Vgl. § 49 St. G. B.⟩

Welcher Art der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme, insbesondere zwischen Mittäterschaft und Beihilfe ist, das geht aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht eindeutig hervor. Umso heftiger wird darüber seit langem in der Wissenschaft gestritten mit dem Erfolg, daß auch heute noch die Frage eine der umstrittensten und ungelöst'sten des Strafrechts ist. — Es ist nicht die Aufgabe der Arbeit, zu den verschiedenen Auffassungen grundsätzlich Stellung zu nehmen. Wohl aber sind die beiden hauptsächlich vertretenen Auffassungen dann zu berücksichtigen, wenn sie bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme auf die Teilnahmebestimmung des M. St. G. B. zu verschiedenen Ergebnissen führen. In Betracht kommen die sog. objektive Teilnahmetheorie, die in ihrer von Frank vertretenen Auffassung vom Gesetz ausgehend für die Täterschaft als wesentlich das Setzen einer Ursache zum Erfolg, für die Beihilfe dagegen das Setzen einer bloßen Bedingung, das Fördern der täterischen Handlung ansieht, — und die sog. subjektive Theorie, die den Unterschied nicht in der Art der Tätigkeit, sondern in der Willensrichtung sieht, die Entscheidung also lediglich von subjektiven Momenten abhängig macht. Zwischen beiden Theorien ist oft vermittelt worden.

Der Theorienstreit wird dadurch von besonderer praktischer Bedeutung auch hier, weil das Reichsgericht seit jeher[1] mit aller Entschiedenheit die subjektive Auffassung vertritt. Der Kommentar von Olshausen[2] stellt für die reichsgerichtliche Rechtsprechung u. a. den Grundsatz auf: „Den Mittäter trennt nur die innere Haltung vom Gehilfen ab." Das Reichsgericht sieht nur den als Täter ⟨Mittäter⟩ an, der an der Tat ein eigenes Interesse, die Tat „als eigene" gewollt hat.

Diese Unterscheidung hat sich auch das Reichsmilitärgericht in seiner früheren Rechtsprechung zu eigen gemacht. Auch von ihm wird ein eigenes Interesse zur Annahme von Mittäterschaft gefordert.

---

[1] Olshausen, § 47[6] St. G. B.
[2] Olshausen, a. a. O.

Dabei geht es — in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht — soweit, im Falle einer Beteiligung selbst an der Ausführung des Verbrechens dann Beihilfe anzunehmen, „wenn die Tat nicht als eigene gewollt wird". [1] [2]

Welche Folgerungen sich im übrigen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit besonders des Untergebenen für ein auf Befehl begangenes Verbrechen bei Zugrundelegung der subjektiven Auffassung ergeben, wird weiter unten ausgeführt werden.

Mit den dargestellten 4 Typen sind die vom Gesetz genannten Möglichkeiten strafbarer Beteiligung am Verbrechen, soweit sie hier in Betracht kommen, erschöpft. [3] Es ist jedoch notwendig, den Begriff „Täter", weiter auszubauen. Von einer eingehenden Darstellung der verschiedenen Formen der Täterschaft — Allein-Mit-Neben-Mehrtäterschaft — kann abgesehen werden, die beiden ersteren sind bereits behandelt worden, die anderen interessieren hier nicht. Zu beachten ist jedoch die „mittelbare Täterschaft", die, wie sich zeigen wird, bei der Frage nach der Art der Bestrafung des Untergebenen aus § 47 M. St. G. B. eine große Rolle spielt. — An sich ist es dem Täter eigentümlich, daß er den Entschluß zur Tat faßt und diese dann selbst, eigenhändig ausführt. Nun gibt es aber auch viele Fälle, bei denen jemand s e i n e n verbrecherischen Willen durch einen andern in die Tat umsetzen läßt derart, daß die Tat von ihm begangen erscheint, obwohl er selbst nicht „tätig" wird. Nach Frank [4] ist das möglich:

1) bei willenlosem Verhalten der Mittelsperson,
2) bei unwissentlichem Verhalten der Mittelsperson,
3) bei unfreiem Verhalten der Mittelsperson.

Man ist sich allgemein darüber klar, daß auch derjenige, der auf diese Weise seinen verbrecherischen Willen verwirklicht hat oder zu verwirklichen sucht, als Täter zu betrachten ist und nennt ihn gewöhnlich „mittelbaren Täter" (intellektuellen Urheber) eines Verbrechens. Der von ihm Benutzte erscheint dann als sein „Werkzeug". Man kann mittelbaren Täter den nennen, der vorsätzlich eine strafbare Handlung durch einen anderen vornehmen läßt, der als vorsätzlicher Täter rechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann. [5] Der mittelbare Täter i s t Täter, ihn trifft daher auch die Strafe des Täters.

Das Gesetz, das den Täter von den Teilnehmern sondern will (vgl. § 50 St. G. B.), führt die Unterscheidung nicht konsequent durch. So rechnet es in den §§ 114/115, 124/125, 128/129 St. G. B.

---

[1] Vgl. z. B.: R. G. 3, S. 181, R. M. G. 10., S. 86, R. M. G. 13, S. 182.
[2] Romen-Rissom, § 47[2] und 6.
[3] Von einer Behandlung der §§ 49a und b, sowie der §§ 257–262 St. G. B. kann hier abgesehen werden.
[4] Vorbem. III zum 3. Abschn.
[5] Vgl. van Calker. Grundriß, S. 66. B. 1, Amtl. Entwurf 1919, § 26 und Begründung dazu Binding, G. S. 76, S. 94: Der schuldige Täter kann seinen schuldhaften Willen durch einen in concreto Schuldlosen verwirklichen lassen.

den Täter mit zu den Teilnehmern. Olshausen[1] will, um unterscheiden zu können, die Teilnahme der §§ 47 ff. als „Teilnahme im technischen Sinn" verstehen. Richtiger wäre es, de lege ferenda denjenigen, dessen verbrecherischer Entschluß die Ursache der Ausführung einer strafbaren Handlung war, mag er unmittelbar oder „intellektuell" tätig geworden sein, als Urheber des Verbrechens deutlich von den Teilnehmern zu trennen.

Bei Anwendung der eben dargelegten Grundsätze auf den § 47 M. St. G. B., auf die Frage nach der Verantwortlichkeit des Untergebenen, ergibt sich hinsichtlich der „Ausnahme" der Ziffer 1 Abs. 2, daß der Untergebene, der einen auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehl[2] ausgeführt und überschritten hat, für diese Ueberschreitung allein verantwortlich ist. Schon van Calker[3] hat darauf hingewiesen, daß richtiger hier anstelle des Wortes „wenn" „insoweit" stehen müßte, denn „Strafe soll ihn nur treffen für diejenige Handlung, die er nicht durch den Befehl als solchen veranlaßt, sondern aus andern, außerhalb des Befehls liegenden Gründen, begangen hat." Hat der Untergebene den ihm erteilten Befehl überschritten, so muß er auch allein, wenn alle objektiven und subjektiven Merkmale eines Delikts in der Ueberschreitung enthalten sind, dafür als Täter bestraft werden. Er hat zwar zunächst nur den Befehl zu einer strafbaren Handlung ausgeführt, für die, wenn nicht der Untergebene die in der Ziffer 2 geforderte Kenntnis gehabt hat, der Vorgesetzte verantwortlich ist. Der Befehl ging aber nur auf die Ausführung dieser einen Handlung, und nur auf deren Erfolg war der Vorsatz des Vorgesetzten gerichtet. Ist dieser sonst in keiner Weise bei der Ueberschreitung beteiligt, hat er sie auch nicht „eventuell" in seinen Willen aufgenommen, so kann er für die Ueberschreitung des Befehls auch nicht strafrechtlich verantwortlich sein. Befiehlt im Felde ein Unteroffizier, aus Aerger über schlechte Unterkunft, einem Untergebenen die Zerstörung von Gegenständen (§ 123 M. St. G. B.) und plündert hierbei der Untergebene (§ 129 M. St. G. B.), so ist lediglich er Täter des Deliktes aus § 129 und wird als solcher mit schwererer Strafe belegt, während der befehlende Vorgesetzte nur wegen seines Befehls zur Zerstörung bestraft wird.[4]

Die Folgerung, daß für eine Ueberschreitung des Befehls der Untergebene allein als Täter verantwortlich ist, würde auch ohne

---

[1] Olshausen, Vorbem. 7 zum 3. Abschn.

[2] Es kann hier nur der Fall gemeint sein, daß der Befehl des Vorgesetzten an sich schon auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet war. Hat der Befehl eine erlaubte Handlung zum Gegenstand, und wird erst durch die Ueberschreitung des Befehls seitens des Untergebenen ein Strafgesetz verletzt, so kommt § 47 gar nicht zur Anwendung.

[3] van Calker, S. 124.

[4] Die etwaige „Kenntnis" des Untergebenen soll in dem Beispiel unberücksichtigt bleiben.

die Bestimmung des § 47 M. St. G. B. aus den allgemein strafrechtlichen Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme gezogen werden müssen. De lege ferenda erübrigt sich daher Ziffer 1 Abs. 2 § 47. Für das geltende Recht gilt jedoch der Vorwurf nicht genügender Genauigkeit insofern, als der alleinige Täter der Ueberschreitung einer auf Befehl begangenen strafbaren Handlung als Teilnehmer bestraft werden soll, womit ihm gemäß § 49, 2 St. G. B. der Weg zur leichteren Strafe geöffnet ist. Durch Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze ergibt sich jedoch hinsichtlich der Verantwortlichkeit des einen Befehl nach § 47 überschreitenden Untergebenen: Der Untergebene ist allein verantwortlich.

Abgesehen von dem Fall der Ueberschreitung ist eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für den auf Befehl eine strafbare Handlung ausführenden Untergebenen dann begründet, wenn der Vorgesetzte mit dem Befehl die Ausführung einer strafbaren Handlung bezweckte und der Untergebene diesen Zweck wußte. Denn sobald diese Voraussetzungen zutreffen, hört die Gehorsamspflicht des Untergebenen auf, und es kommt ihm nun, wo er durch den Befehl nicht mehr gedeckt ist, der Schutz des § 47 M. St. G. B. nicht mehr zustatten. Er wird, seines verbrecherischen Willens und seiner Tätigkeit wegen, wenn er trotzdem den Befehl ausführt, selbst bestraft. Das Gesetz will für ihn die „Strafe des Teilnehmers" angewendet wissen. Diese Ungenauigkeit hinsichtlich der Beteiligungsform und die Mehrdeutigkeit der Art der Bestrafung des Untergebenen scheinen aus dem preußischen Militärstrafgesetzbuch übernommen zu sein, auf dessen § 71 der § 47 M. St. G. B. ja beruht. Dort findet sich die gleiche Wendung: Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers. Es hätte nahegelegen, daß die preußische Praxis sich den im 1. Absatz des § 71 angedeuteten Weg, der für auf Befehl begangene strafbare Handlungen in der Regel die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten statuiert, zur Richtigstellung des Gesetzes zu eigen gemacht hätte. Logische Folgerung davon ist doch, daß ausnahmsweise nicht nur Verantwortlichkeit des Vorgesetzten, sondern auch Mitverantwortlichkeit des Untergebenen eintritt. Diese Auffassung dürfte heute die herrschende sein. Die preußische Praxis war jedoch, auch nachdem der § 71 Preuß. M. St. G. B. zum § 47 M. St. G. B. geworden war, anderer Ansicht. In einem bei Hecker [1]) angeführten Rundschreiben vom 12. Juli 1886 beruft sich das preußische Generalauditoriat ausdrücklich auf den reinen Gesetzeswortlaut. Danach soll der Vorgesetzte als Täter, der Untergebene als Teilnehmer bestraft werden. Das Generalauditoriat hält Mittäterschaft und Gehilfenschaft für möglich und stellt — wie es heute die subjektive

[1]) Hecker, L. S. 318.

Theorie tut — auf die Willensrichtung des Untergebenen ab. Beihilfe soll dann vorliegen, wenn der Untergebene „lediglich dem Befehl nachgebend", gehandelt hat, Mittäterschaft dann, wenn „die Handlung zugleich als eine selbstgewollte des Untergebenen" anzusehen ist. Dieser Auffassung folgend will das preußische Generalauditoriat den Vorgesetzten immer als Täter bestrafen. Das kann jedoch nicht als richtig erachtet werden. Die Willensrichtung allein kann zunächst nicht als Indiz für die Form der Beteiligung am Verbrechen angesehen werden, es ist vielmehr, mit der objektiven Auffassung, entscheidender Wert auf die Art und das Maß der Betätigung zu legen. Nach Ziffer 2 Abs. 2 § 47 soll Bestrafung der Untergebenen dann erfolgen, wenn er im vollem Bewußtsein der Strafbarkeit der befohlenen Handlung den Befehl dennoch ausgeführt hat. In einem solchen Fall sind aber alle Voraussetzungen dazu gegeben, den Untergebenen als Täter anzusehen und ihn demgemäß zu bestrafen. Wenn der Untergebene auf Befehl eines Vorgesetzten einen Kameraden bestiehlt — eine Handlung, deren Strafbarkeit er bestimmt kennt —, so geht es nicht an, seine Bestrafung von seiner „Willensrichtung" abhängig zu machen. Wenn er trotz erkannter Strafbarkeit der Handlung den Befehl ausführt, hat er „den Tatbestand des Delikts in seiner Totalität verwirklicht", ist er Täter. Damit ist die Ansicht des preußischen Generalauditoriats, der Vorgesetzte sei stets und allein der Täter, als unhaltbar dargetan.

Daß auch der Untergebene Täter sein kann, hat schon das bayrische Generalauditoriat in einer Entscheidung vom 10. Juni 1885 anerkannt.[1] Diese Ansicht ist auch früher schon in namhaften Kommentaren zum M. St. G. B. vertreten worden, so von Hecker,[2] von Koppmann,[3] Herz-Ernst.[4] Dabei hat von Koppmann angenommen, daß mit der Fassung, den Untergebenen treffe „die Strafe des Teilnehmers", lediglich eine „Rechtsfiktion geschaffen werden sollte", ähnlich wie es in § 99 M. St. G. B. heißt: ist gleich dem Anstifter zu bestrafen.

Der kurze geschichtliche Rückblick hat gezeigt, daß mit der dürftigen Ausdrucksweise des Gesetzes, den Untergebenen treffe u. U. „die Strafe des Teilnehmers", die Frage nach der Verantwortlichkeit des Untergebenen nicht gelöst werden kann. So muß mittels der allgemeinen Lehren versucht werden, sie befriedigend zu entscheiden. Welcher Art seine Beteiligung an der strafbaren Handlung sein kann und wie er zu bestrafen ist, soll nunmehr dargelegt werden.

Es ist schon hervorgehoben worden, daß einem Befehl gegen-

---

[1] Vgl. hierzu Hecker, S. 94.
[2] Hecker, S. 93.
[3] v. Koppman, § 47[16].
[4] Herz-Ernst, § 47, 11.

über, mit dessen Ausführung der Vorgesetzte die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckte, der Untergebene, der hierüber Gewißheit erlangt hat, verpflichtet ist, den Gehorsam zu verweigern. Eine Bestrafung wegen Ungehorsams aus § 92 M. St. G. B. würde dann gemäß dem Grundsatz des § 47 ausgeschlossen sein. Kommt der Untergebene aber, trotzdem er die verbrecherische Absicht des Vorgesetzten erkannt hat, dem Befehl nach, so kann von einer Bindung und demzufolge Rechtfertigung seiner Handlung keine Rede mehr sein. Verbindlich ist der auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichtete Befehl nur insoweit, als die Ausnahmen des § 47 M. St. G. B. nicht zutreffen. Der Untergebene verwirklicht, wenn er einem unverbindlichen Befehl nachkommt, seinen eigenen verbrecherischen Willen, nämlich in voller Kenntnis der Absicht des Vorgesetzten durch dessen Befehl bewogen, eine strafbare Handlung zu begehen. Werkzeug des Vorgesetzten kann er in diesem Fall nicht sein, weil er weiß, daß seine Gehorsamspflicht aufgehört hat, und weil er aufgrund eigenen Entschlusses handelt. Er kann auch nicht Gehilfe sein, weil er seinen Entschluß, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung verwirklicht hat. Befiehlt der Vorgesetzte dem Untergebenen, jemanden anzugreifen und körperlich zu verletzen, — ein Befehl, der nicht befolgt werden darf [1] — so ist der Untergebene für die eingetretene Körperverletzung vollverantwortlich: er ist der Täter. Er ist auch der alleinige Täter, denn der Vorgesetzte kann, abgesehen davon, daß er sich etwa selbst an der Ausführung beteiligt, weder unmittelbarer Täter — das ist ja der Untergebene — noch mittelbarer Täter — der Untergebene ist ja hier nicht Werkzeug, sondern willentlich handelnde Person — sein. Welche Strafe den Vorgesetzten trifft, der im Untergebenen den Entschluß zur Tat geweckt hat, ist hier noch nicht zu untersuchen. Der Untergebene wird jedoch, weil er den gesamten Verbrechenstatbestand in seiner Person verwirklicht hat, als Täter des Verbrechens bestraft.

Diese Ansicht, daß der Untergebene im Fall der Ziffer 2 Abs. 2 § 47 Täter sein kann, entspricht am besten dem Erfordernis gerechter Bestrafung. Es liegt ein größerer Nachdruck in der drohenden Täterstrafe. Man kann sich von ihr wohl auch erzieherische Einflüsse und solche abschreckender Natur versprechen. Wollte man den Untergebenen als Teilnehmer ‹Gehilfen› bestrafen, so würde er gemäß §§ 49, 44 St. G. B. viel gelinder davon kommen, möglicherweise nur mit einem Viertel der sonst angedrohten Strafe bestraft werden können. Schließlich spricht noch für die erforderliche Bestrafung des Untergebenen als Täter, daß sie sich, wie dargelegt, vollkommen dem Rahmen der allgemeinen Grundsätze anpaßt. Die Richtigkeit

---

[1] Derselbe Befehl im Kriege bleibt hier natürlich außer Betracht.

der hier vertretenen Ansicht wird anerkannt von M. E. Mayer,[1] Fuhse,[2] Battenberg,[3] vom Reichsmilitärgericht,[4] wohl auch von Hecker[5] und von v. Koppmann.[6]

Es sind ferner Fälle strafbarer Beteiligung des Untergebenen an einem auf Befehl ausgeführten Verbrechen möglich, bei denen sich seine Täterschaft als M i t täterschaft darstellen wird. Obwohl dies hinsichtlich seiner Bestrafung keine Aenderung zur Folge hat, — der Mittäter wird wie der Täter bestraft (§ 47 St. G. B.) — sind diese Fälle im Verfolg der Untersuchung zu berücksichtigen. Mittäterschaft kann dann vorliegen, wenn der Vorgesetzte sich an der Ausführung der strafbaren Handlung, die, durch seinen Befehl veranlaßt, der Untergebene begeht, tätig beteiligt, wenn also im obigen Beispiel der Vorgesetzte den Angegriffenen festhält und der Untergebene auf ihn einschlägt. Lediglich der Beurteilung aus § 47 St. G. B. kann dieser Fall deshalb nicht unterliegen, weil die Tat durch den Befehl veranlaßt ist, der, wenn auch nicht bindend, doch Anlaß der verbrecherischen Handlung des Untergebenen ist. Es handelt sich demnach tatsächlich um einen Fall des § 47 M. St. G. B., den richtig zu entscheiden allerdings die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts mit heran gezogen werden müssen. Wenn sowohl Vorgesetzter als auch Untergebener bei Ausführung einer durch unverbindlichen Befehl angeregten strafbaren Handlung sich gemeinschaftlich betätigen, wenn sie in „bewußtem und gewolltem Zusammenwirken handeln", hindert nichts daran, sie als Mittäter zu bestrafen.[7] Es kann also bei einem auf Befehl begangenen Verbrechen der Untergebene auch Mittäter sein. Er wird dann gemäß § 47 St. G. B. als Täter bestraft.[8]

Schließlich ist noch Bestrafung des Untergebenen als Gehilfen möglich. Dies setzt vor allem voraus, daß der Vorgesetzte selbst tätig wird, derart, daß er als Täter angesehen werden kann. Trifft das auch auf den Untergebenen zu, so liegt — wie eben ausgeführt wurde — Mittäterschaft vor. Ist aber die Beteiligung des Untergebenen am Verbrechen nur eine untergeordnete, nimmt er zwar Anteil daran, aber nur solchen fördernder, nicht ausführender Natur, ist hierauf auch sein Vorsatz gerichtet, so kann er nicht als Mittäter, muß vielmehr als Gehilfe bestraft werden. Es ist jedoch nicht

---

[1] M. E. Mayer, Dtsch. M. St. R. S. 119.
[2] Fuhse, § 47[3].
[3] Battenberg, S. 100.
[4] So z. B. R. M. G. 1, S. 61.
[5] Hecker, L. S. 93.
[6] von Koppmann, § 47, 16.
[7] Das bedarf hinsichtlich des Vorgesetzten noch einer genaueren Darlegung. Vgl. S. 36 ff.
[8] So auch M. E. Mayer, Dtsch. M. St. R. S. 119 und von Koppmann, § 47, 16, wo ausdrücklich von dem Fall gesprochen wird, daß der „befehlende Vorgesetzte und der gehorchende Untergebene das betreffende Verbr. oder Verg. gemeinschaftlich ausführen".

richtig, wie das R. M. G.,[1] das der subjektiven Theorie folgt, die Entscheidung, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt, davon abhängig zu machen, welche Willensrichtung beim Untergebenen vorhanden ist. Das hat vielmehr – wie oben dargelegt[2] – von objektiven Gesichtspunkten aus zu geschehen, und es ist darauf abzustellen, ob der Untergebene selbst ausgeführt oder nur den Vorgesetzten unterstützt hat. Im letzteren Fall ist der Untergebene Gehilfe[3], also dann z. B., wenn bei einem Angriff des Vorgesetzten auf einen dritten nur er selbst tätig wird, während der Untergebene, durch Befehl des Vorgesetzten veranlaßt, nur Wache steht, um eine Entdeckung der Tat zu verhindern.

Von Koppmann[4] und Hecker[5], welche den Untergebenen generell als Täter bestrafen wollen, können als Gegner der hier vertretenen Ansicht deshalb nicht betrachtet werden, weil sie beide nicht alle Fälle der Beteiligung des Vorgesetzten an der befohlenen strafbaren Handlung berücksichtigen. – Der Vollständigkeit wegen ist anzuführen, daß die Beihilfe des Untergebenen vorsätzlich erfolgen muß.[6] Fahrlässige Beihilfe ist zwar begrifflich möglich, aber straflos.[7]

Es ist hier noch auf die Folgerungen einzugehen, die nach subjektiver Auffassung hinsichtlich der Bestrafung des Untergebenen gezogen werden müssen. – In dem Fall oben S. 32, – wenn also nach hier vertretener Ansicht der Untergebene Täter ist, – müßte nach der subjektiven Theorie der Untergebene, wenn sich nicht feststellen läßt, ob er die Tat mit „eigenem Interesse" gewollt hat, nur Gehilfe sein können. Daß eine solche Beurteilung der Tat des Untergebenen sich hier nicht rechtfertigen läßt, hat R. M. G. 1, S. 61 klar erkannt. Freilich tritt die Entscheidung damit in Gegensatz zu der sonst geübten höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

Begehen Vorgesetzter und Untergebener, wie Seite 33 ausgeführt, die Tat zusammen, so ist nach unserer Auffassung Mittäterschaft anzunehmen. Auch hier muß die subjektive Auffassung folgerichtig zu einem anderen Ergebnis kommen, wenn dem Untergebenen das „eigene Interesse" fehlt. Freilich hält auch das der subjektiven Auffassung huldigende R. M. G. Mittäterschaft für möglich – vgl. R. M. G. 10, S. 86 – aber nur dann, wenn die Tat vom Untergebenen „als eigene" gewollt ist. Hier wird die verhängnisvolle Wirkung der subjektiven Auffassung klar, denn selbst bei Ausführung

---

[1] R. M. G. 11, S. 83.
[2] Vgl. S. 28.
[3] Gl. Ans. M. E. Mayer, Dtsch. M. St. R. S. 119, Battenberg S. 100, grundsätzlich auch Fuhse, § 47, 3. Im übrigen wird der Fall in der Literatur fast durchweg übersehen.
[4] von Koppmann, § 47, 16.
[5] Hecker, L. S. 94.
[6] Vgl. R. M. G. 12, S. 289
[7] Leipz. Komm. § 49, 5.

der Tat, bei einem vielleicht zum Erfolg ausschlaggebenden Tätigwerden, muß nach subjektiver Auffassung, wenn nicht festzustellen ist, ob der Untergebene die Tat „als eigene" gewollt hat, Bestrafung nur wegen Beihilfe eintreten: ein Ergebnis, das nicht befriedigen kann.

Wenn der Untergebene nach unserer Auffassung als Gehilfe zu bestrafen ist, kann nach der subjektiven Ansicht auch Mittäterschaft vorliegen, falls der Untergebene sich den verbrecherischen Willen des Vorgesetzten zum „eigenen" gemacht hat. Ist aber der Untergebene nicht ausführend, nur fördernd tätig, dann kommt derjenige, der aus der Willensrichtung heraus nach § 47 St. G. B. bestrafen will, in einen unlösbaren Widerspruch zu dem Gesetz.

Die Anwendbarkeit der Teilnahmebestimmungen des bürgl. St. G. B. auf den § 47 M. St. G. B. erfordert noch eine Darlegung, wie die einem rechtswidrigen, unverbindlichen Befehl gehorchenden mehreren Untergebenen zu bestrafen sind. — Der § 47 bürgl. St. G. B. ist die Strafbestimmung für das planvolle Zusammenwirken mehrerer zu einem Verbrechen. Die Mit-Täterbestrafung tritt ein wegen des Zusammenwirkens aller, die ihr gemeinsames planmäßiges Tätigsein erkennen. Die Erkenntnis des gemeinsamen Zusammenwirkens ist also das Kriterium der Mittäterhaftung, das diese von anderen Formen der Mehrbeteiligung am Verbrechen scheidet. Begehen mehrere eine strafbare Handlung, so sind sie Mittäter nur dann, wenn ihrem Handeln ein einheitlicher Plan zugrunde liegt und sie dies e r k e n n e n. Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der einen nach § 47 M. St. G. B. unverbindlichen Befehl befolgenden Untergebenen sind danach zwei Fälle zu unterscheiden: 1) Die einzelnen Untergebenen erkennen zwar, daß der Vorgesetzte mit dem ihnen erteilten Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckte, sie erkennen aber nicht ihr Zusammenwirken zu diesem Verbrechen oder Vergehen, z. B.: Der Vorgesetzte fordert Handlungen, die Landesverrat darstellen, die Untergebenen erkennen dies zwar, aber jeder hält seine Tätigkeit für die allein ausschlaggebende, während in Wahrheit erst das tatsächliche — nicht erkannte — Zusammenwirken aller den Erfolg ausmacht. In diesem Falle können die Untergebenen, da es an planvollem Zusammenwirken fehlt, nicht schlechthin nach § 47 St. G. B. bestraft werden. Ihre Bestrafung richtet sich vielmehr nach dem Maß ihrer Beteiligung, so daß sie nach dem schon Ausgeführten Täter oder Gehilfen sein können. — 2) Erkennen die Untergebenen dagegen nicht nur, daß der Vorgesetzte mit dem Befehl die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckte, sondern darüber hinaus auch, daß sie gemeinschaftlich zum erstrebten Erfolg hinarbeiten, so sind die Voraussetzungen des § 47 bürgl. St. G. B. als der Strafbestimmung für planvolles Zusammenwirken gegeben und die Untergebenen sämtlich als Mittäter zu bestrafen.

Die Untersuchung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für auf seinen Befehl begangene strafbare Handlungen begegnet keinen Schwierigkeiten, soweit sie den Regelfall des § 47 M. St. G. B. betrifft, den Fall nämlich, daß der Untergebene dem Befehl gehorchen muß. Da der Untergebene hier lediglich Werkzeug und seine strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, kann nur der Vorgesetzte Täter sein und zwar Alleintäter.[1] Es liegt hier ein Fall der mittelbaren Täterschaft vor: der Vorgesetzte läßt seinen auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Willen durch den schuldlos handelnden Untergebenen verwirklichen. Befiehlt der Kammerunteroffizier bei Besichtigung der Kammerbestände dem dabei helfenden Untergebenen, Uniformstoffe in seine Wohnung zu schaffen, in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, so ist der den Befehl ausführende Untergebene, vorausgesetzt, daß die Ausnahme der Ziffer 2 Abs. 2 § 47 nicht vorliegt, unverantwortlich, der Unteroffizier dagegen nach §§ 47, 138 M. St. G. B. als mittelbarer Täter eines militärischen Diebstahls verantwortlich.[2]

Keine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft den Vorgesetzten insoweit, als der Untergebene einen auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehl überschritten hat. Das ist eine selbstverständliche Lehre des allgemeinen Strafrechts,[3] denn der Vorgesetzte kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß der Untergebene selbständig den Entschluß faßt, über das Befohlene hinauszugehen und demgemäß möglicherweise ein neues Verbrechen begeht. Ein „Mehr" der befohlenen Handlung fällt nicht dem Vorgesetzten, der dies nicht in seinen Willen mit aufgenommen und nicht zum Ausdruck gebracht hat, sondern dem Untergebenen allein zur Last. Inbezug allerdings auf die befohlene und vom Untergebenen ausgeführte strafbare Handlung ist der Vorgesetzte voll verantwortlich. — Zu beachten ist noch, daß der Befehl des Vorgesetzten immer auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet sein muß. Ist der Befehl auf eine erlaubte Handlung gerichtet und wird erst durch die Ueberschreitung des Befehls durch den Untergebenen der Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt, so ist dieser Fall zwar ähnlich zu beurteilen, fällt aber nicht unter § 47 M. St. G. B.

Während die bisher dargestellten Möglichkeiten der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten im allgemeinen unbestritten sind, herrscht seit jeher Streit darüber, wie der Vorgesetzte im Fall der Ziffer 2 Abs. 2 § 47 —, wenn also der Untergebene dem Befehl im vollen Bewußtsein der vom Vorgesetzten bezweckten

---

[1] Gl. Ans. Fuhse, 47[3], von Koppmann, § 47[16], Hecker L. S. 93, von Bar, Bd. III, § 55 a. E., Battenberg, 106. A. A. van Calker, S. 127.

[2] Fuhse, § 47, 3 will hier zugleich ein selbständig konkurrierendes Delikt des Vorgesetzten aus § 115 annehmen. Ueber die grundsätzliche Frage vgl. weiter unten. Hier erscheint § 115 nicht anwendbar.

[3] von Liszt-Schmidt, § 52, 12 a.

strafbaren Handlung Folge geleistet hat und, wie oben [1] ausgeführt, als Täter zu bestrafen ist, — sich strafbar gemacht hat. Die Unklarheit, die auch heute noch zu beobachten ist, rührt anscheinend von dem Standpunkt der Motive zum § 58 des Entwurfs von 1872 und von der Auffassung des preußischen Generalauditoriats in dem schon mehrfach erwähnten Rundschreiben vom 12. Juli 1886 her. [2] Die Motive zum Entwurf wollen den Vorgesetzten stets als Täter bestraft wissen, weil der Untergebene dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber „nur als dessen Handhabe" erscheine. Gleicher Meinung ist das preußische Generalauditoriat: [3] „Liegen die Voraussetzungen des § 47 des Militärstrafgesetzbuches vor, hat also der Untergebene dem Befehl des Vorgesetzten Folge geleistet, so ist der Vorgesetzte als Täter zu bestrafen." Gegen diese Auffassung hat sich schon 1887 Hecker [4] gewandt, ohne freilich selbst eine befriedigende Lösung vorschlagen zu können. Daß jedoch der Vorgesetzte dann, wenn der Untergebene allein Täter ist, im Regelfall nicht auch Täter sein kann, hat Hecker und ebenso von Koppmann [5] erkannt. In der Tat: die vom preußischen Generalauditoriat aus den Motiven entwickelten Grundsätze sind falsch. Es ist früher [6] nachgewiesen worden, daß der Untergebene, wenn er gewußt hat, daß vom Vorgesetzten die Begehung einer strafbaren Handlung beabsichtigt wurde, und er trotzdem den Befehl befolgt hat, als Täter zu bestrafen ist und zwar regelmäßig, d. h. soweit der Vorgesetzte sich nicht selbst an der Ausführung der strafbaren Handlung beteiligt hat, als Alleintäter. Mittäterschaft und Beihilfe des Vorgesetzten können im Regelfall, wenn der Vorgesetzte keinen Anteil an der strafbaren Handlung nimmt, nicht in Betracht kommen, mittelbare Täterschaft scheidet deswegen aus, weil der Untergebene nicht „Werkzeug" ist, sondern willensfrei und vorsätzlich handelt. Der Vorgesetzte kann daher nur Anstifter sein, weil er den Untergebenen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat. Gegen die Annahme einer Anstiftung spricht nicht, daß die Tat auf den Befehl zurückzuführen ist. Der Befehl, der vom Untergebenen im Fall der Ziffer 2 Abs. 2 § 47 in seiner Unverbindlichkeit erkannt ist, kann nun nicht mehr zur Rechtfertigung dienen. Wenn der Vorgesetzte in dem Untergebenen den verbrecherischen Entschluß geweckt, in ihm den „Tatentschluß" erzeugt hat, wenn der Untergebene, dadurch veranlaßt, die vom Vorgesetzten beabsichtigte strafbare Handlung begeht, dann ist er nach allgemeinstrafrechtlichen Grundsätzen Anstifter. Daß der Befehl — der jetzt unverbindlich ist — bei der weiten Ausdehnung der im § 48 St. G. B.

---

[1] Seite 32.
[2] vgl. hierzu van Calker, S. 126.
[3] vgl. Hecker, S. 94, 318.
[4] a. a. O. S. 93/94.
[5] von Koppmann, § 47[16].
[6] Seite 32.

genannten „Mittel" der Anstiftung[1] als ein solches „Mittel" angesehen werden kann, wird wohl nirgends bezweifelt. Den Vorgesetzten trifft hiernach, wenn der Untergebene auf seinen Befehl hin trotz bestimmter Kenntnis des vom Vorgesetzten bezweckten Verbrechens dieses ausführt, gemäß § 48 Abs. 2 St. G. B. als Anstifter die Strafe des Täters.

Ist der Vorgesetzte nach dem Ausgeführten Anstifter des vom Untergebenen in Täterschaft begangenen Delikts, so hat er zugleich auch gemäß § 115 M. St. G. B. in Tateinheit mit diesem Delikt ein militärisches Vergehen begangen. § 115 bedroht den Vorgesetzten mit Strafe, der „durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von demselben begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt hat". Es trifft ihn dann die Strafe des „Täters oder Anstifters" je nachdem ob der Untergebene nur objektiv den Verbrechenstatbestand erfüllt oder alle Verbrechensmerkmale, subjektiv und objektiv, in seiner Person verwirklicht hat. Im ersteren Fall wird der Vorgesetzte als mittelbarer Täter, im letzteren als Anstifter bestraft werden.[2]

Es hat zwar den Anschein, als ob die Anwendung des § 47 M. St. G. B. in Verbindung mit dem jeweils verletzten Strafgesetz die des § 115 ausschließe. Jedoch hat das Reichsmilitärgericht in ständiger Rechtsprechung[3] den § 115 M. St. G. B. als ein selbstständiges militärisches Vergehen betrachtet. Diese Auffassung kann sich auf das Gesetz stützen — der § 115 erscheint unter den „einzelnen Verbrechen und Vergehen" des 11. Titels 7. Abschnitts des M. St. G. B, — sie entspricht auch der Gerechtigkeit, die es erfordert, daß der Vorgesetzte, der seine verantwortungsvolle Stellung derart mißbraucht, besonders streng bestraft wird. — Der Einwand, der Tatbestand des § 47 ginge in dem des § 115 auf, was die Handlung des Vorgesetzten anlange, schlägt nicht durch. § 47 M. St. G. B. spricht nur von auf Befehl begangenen strafbaren Handlungen, während unter § 115 jedes Mittel, welches einen Mißbrauch der Dienstgewalt oder der dienstlichen Stellung des Vorgesetzten darstellt, fallen kann.[4] Erkennt man die Möglichkeit ideal konkurrierender Straftaten aus § 47 in Verbindung mit dem jeweils verletzten Strafgesetz und aus § 115 M. St. G. B. an, so ist damit der Weg gegeben, dem Vorgesetzten gemäß §§ 115, 53 M. St. G. B. die schwerere Strafe — bis zum Doppelten der sonst angedrohten — aufzuerlegen. Im Interesse einer gerechten Sühne

---

[1] vgl. Meyer-Allfeld § 39, 11: „Das Gesetz läßt jedes Mittel gelten, das überhaupt den Willen eines Menschen zu bestimmen vermag".
[2] Fuhse, § 115[8], Romen-Rissom, § 115[5].
[3] vgl. z. B. R. M. G. 2, 212, 279, R. M. G. 8, 247, R. M. G. 20, 140.
[4] so schon Girginoff, S. 111.

für die ungleich schwerere Verfehlung des Vorgesetzten ist die Ansicht des Reichsmilitärgerichts als richtig zu erachten. [1]

Die bisherigen Fälle der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten hatten gemeinsam, daß die Ausführung der strafbaren Handlung allein vom Untergebenen vorgenommen wurde. Entsprechend den oben — Seite 33 ff. — entwickelten Möglichkeiten sind aber noch die Fälle zu berücksichtigen, in denen der Vorgesetzte s e l b s t sich in irgendeiner Form an der strafbaren Handlung beteiligt. Zweifellos liegt auch hier Anstiftung des Vorgesetzten vor; es ist jedoch zu fragen, welchen Einfluß die Mitbeteiligung des Vorgesetzten am Verbrechen auf sie haben kann. Wieder sind 2 Fälle zu unterscheiden: 1) Der Vorgesetzte beteiligt sich an der Ausführung der strafbaren Handlung; 2) Der Vorgesetzte leistet dem Untergebenen nur Hilfe. Für den Untergebenen war in diesen Fällen Mittäter- oder Gehilfenschaft für möglich erachtet worden. Wirkt der Vorgesetzte bei Begehung der strafbaren Handlung in der Weise mit, daß er seinen verbrecherischen Willen nicht nur auf den Untergebenen überträgt und ihn dadurch zur Tat bestimmt, sondern sich auch selbst an der A u s f ü h r u n g der Tat beteiligt, — indem er etwa in dem gebrauchten Beispiel auf den angegriffenen Dritten mit einschlägt —, so ist er m e h r als nur Anstifter: Er ist, im „bewußten und gewollten Zusammenwirken" mit dem Untergebenen handelnd, zugleich Mittäter. Nur s c h e i n b a r liegt hier Konkurrenz mehrerer Straftaten vor. Es handelt sich vielmehr um die gleiche Tat, allerdings mit mehreren Beteiligungsformen. In diesem Fall gilt der Satz, daß immer nur d i e Beteiligungsform zur Bestrafung heranzuziehen ist, welche die schwerste Strafbarkeit ergibt. [2]

Obwohl hier den Anstifter wie den Mittäter nach §§ 47, 48 St. G. B. gleiche Strafe, nämlich die des Täters trifft, muß doch die Mittäterschaft als die schwerer wiegende Beteiligungsform angesehen werden, weil der zunächst nur Anstiftende nicht hierbei beharrt, sondern sich darüber hinaus selbst am Verbrechen beteiligt. Wenn also der Anstifter auch als Mittäter tätig wird, fällt seine Strafbarkeit als Anstifter fort und er ist wegen Mittäterschaft zu bestrafen: die Mittäterschaft absorbiert die Anstiftung. [3]

Wenn der Vorgesetzte sich an der befohlenen strafbaren Handlung selbst beteiligt, der Untergebene zwar auch Anteil daran nimmt, aber nur solchen fördernder, nicht ausführender Natur, ist der Vorgesetzte zunächst Anstifter, aber auch Täter und zwar Alleintäter, weil nur er den Verbrechenstatbestand, subjektiv und objektiv, allein

---

[1] Gl. Ans. Fuhse, § 47, 3, von Koppmann § 47[17], Hecker S. 94, Girginoff, S. 110, zweifelnd Romen-Rissom § 115[1]. A. A. M. E. Mayer, Dtsch. M. St. R. Bd. 2, S. 61.

[2] vgl. Frank, § 73, 7[2b], auch R. M. G. 8, S. 244, R. G. 27, S. 273.

[3] M. E. Mayer a. a. O., S. 119, auch Battenberg, S. 106, dessen Ausdrucksweise, die Anstiftung werde durch die Mittäterschaft k o n s u m i e r t, wohl nur vergriffen ist; vgl. Frank, § 48, 4.

verwirklicht hat. Hier absorbiert die Alleintäterschaft die schwächere Anstiftung, sodaß der Vorgesetzte als Täter zu bestrafen ist. [1]

Schließlich ist eine mehrfache Beteiligung des Vorgesetzten am Verbrechen noch in der Weise möglich, daß er als Anstifter zugleich bei der Ausführung der strafbaren Handlung als Gehilfe tätig wird, indem er dem Untergebenen als Täter nur untergeordnete Hilfe leistet. Hier verdrängt die stärkere Anstiftung mit der höheren Strafdrohung die Gehilfenschaft, sodaß der Vorgesetzte lediglich als Anstifter mit der Strafe des Täters bestraft wird. [2] Für die Strafe des Vorgesetzten, der sich an der befohlenen strafbaren Handlung beteiligt, kommen §§ 53, 55 M. St. G. B. („erhöhte" Strafe) in Betracht.

Bei Beteiligung des Vorgesetzten an der von ihm befohlenen strafbaren Handlung muß auch die subjektive Teilnahmeauffassung im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen kommen, da ja dabei der Vorgesetzte die Tat immer als „seine eigene" will. Allerdings würde Gehilfenschaft des Vorgesetzten nach subjektiver Ansicht nicht möglich sein können. Für die dann anzunehmende Mittäterschaft neben der Anstiftung gilt das S. 39 Gesagte.

II. Behandlung des Problems de lege ferenda.

Es lag in dem Wesen der behandelten Fragen, daß Ausgangspunkt aller Untersuchungen der § 47 des geltenden Militärstrafgesetzbuches war. Die mannigfachen Schwächen dieser Gesetzesbestimmung, in militärischer wie in juristischer Beziehung, sind dargelegt worden, es wurde auf ihre Verbundenheit mit allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen, ihre Abhängigkeit von militärischen Notwendigkeiten hingewiesen. Die Reformbedürftigkeit des § 47 M. St. G. B. liegt auf der Hand. Er kann in seiner heutigen, bis auf die 50er Jahre des vorigen Jahrhunderts zurückzuführenden Gestalt, modernen Strafrechts- und Militärstrafrechtsanforderungen nicht mehr genügen. Das zeigen die außerordentlich scharfen Angriffe, die die Bestimmung seit jeher von allen Seiten erfahren hat. Sie bilden nur einen Teil der gegen das Militärstrafgesetzbuch insgesamt gerichteten Angriffe. Der 32. Deutsche Juristentag (1914) befaßte sich bereits mit 2 Gutachten, die in ausführlicher Weise, von 2 hervorragenden Kennern des Militärstrafrechts — M. E. Mayer und Rissom — gehalten, eine Darlegung der Schwächen des Militärstrafgesetzbuches und Verbesserungsvorschläge unter Berücksichtigung der angestrebten Reform des bürgerlichen Strafgesetzbuches enthielten. In beiden Referaten spielte die Reform des § 47 M. St. G. B. eine bedeutende

---

[1] M. E. Mayer, S. 119, Battenberg, S. 106.
[2] M. E. Mayer, S. 120.

Rolle. — Die damaligen Bestrebungen sind, wenn nicht vergessen, so doch stark in den Hintergrund gedrängt worden. Mag die Kriegszeit hier hemmend gewirkt haben, mag die leider gesunkene Größe und Bedeutung des deutschen Militärwesens Einfluß gehabt haben, mag die Reform des Militärstrafrechts gegenüber der drängenderen des bürgerlichen Strafrechts vorläufig wenigstens zurückgesetzt worden sein: heute, wo dessen Reform dicht vor dem Abschluß steht, ist es Zeit, dringender denn je die Wiederaufnahme der Militärstrafrechtsreform zu verlangen. Wenn dieser auch vorläufig noch das große, immer noch nicht vollendete Werk, die Schaffung eines „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches" entgegensteht, Sache der Wissenschaft ist es, inzwischen den Weg zu zeigen und zu ebnen, der notwendig auch zu einer Reform des Militärstrafgesetzbuches und damit des hier in der Hauptsache zu berücksichtigenden § 47 führen muß.

Der § 47 ist eine der am wenigsten brauchbaren Gesetzesbestimmungen des an sich schon in seiner Ausdrucksweise und Technik wenig klaren Militärstrafgesetzbuches. Die Gehorsamspflicht des Untergebenen ist in ihm so „verklausuliert" enthalten, daß es einer eingehenden Untersuchung bedurfte, um sie aufzudecken. Zu empfehlen wäre eine klare Bestimmung dahingehend, daß der Soldat Befehlen seiner Vorgesetzten zu gehorchen hat. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Militär s t r a f gesetzbuch würde viel eindringlicher wirken als das vielleicht Art. 6 der „Berufspflichten" oder noch so gut gemeinte Instruktionsstunden tun können. Dagegen dürfte es sich vom militärischen Standpunkt aus nicht empfehlen, die Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Befehls — im Zusammenhang mit dem Ausspruch der Gehorsamspflicht — gesetzlich festzulegen. Für den Juristen würde das zwar einigen Wert besitzen, dem einfachen Soldaten aber bedeutende Schwierigkeiten bereiten, wenn er sich mit dem juristischen Begriff des zwar rechtswidrigen, dennoch verbindlichen Befehls auseinandersetzen müßte. Zudem stehen einer solchen Regelung schwere Bedenken hinsichtlich der Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin entgegen, sie könnte geradezu zu einer Blankettvorschrift für die Begehung strafbarer Handlungen auf Befehl werden. Wenn man hier einwenden will, daß doch auch der Richter wissen müsse, wie er sich einem rechtswidrigen verbindlichen Befehl gegenüber zu verhalten habe, und daß dies am besten durch Schaffung einer eindeutigen gesetzlichen Bestimmung geschehen könne, so ist darauf zu erwidern: Die Lehre von der Rechtswidrigkeit ist in erster Linie eine solche des allgemeinen Strafrechts, von dem das Militärstrafrecht hier besonders abhängig ist Auf diese Grundlage muß der Richter immer, wenn Fragen der Rechtswidrigkeit einer Handlung auftauchen, zurückgreifen. Nun enthält der Entwurf eines „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches", der zurzeit dem Strafrechtsausschuß des Reichstages vorliegt, in seinem § 23 eine überaus wichtige, einen großen

Fortschritt bedeutende Bestimmung, die wohl auch in ihrer heutigen oder einer dieser inhaltlich gleichkommenden anderen Form Gesetz werden wird. Dieser § 23 lautet: „Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn das öffentliche oder bürgerliche Recht die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließt". Schon die Begründung zum Amtlichen Entwurf 1925, auf den der Entwurf 1927 im wesentlichen zurückzuführen ist, spricht aus,[1] „daß die einzelnen Rechtfertigungsgründe in den verschiedenen Gebieten des öffentlichen und bürgerlichen Rechts verstreut liegen. Zum Teil beruhen sie nicht auf geschriebenem Rechte, sondern haben sich gewohnheitsrechtlich herausgebildet. Ein Versuch, sie zusammen zu fassen, wäre zwecklos". Zu den Rechtfertigungsgründen werden u. a. gerechnet: das Züchtigungsrecht, Disziplinarbefugnisse, Vorschriften über den Waffengebrauch. Gerade d i e s e Rechtfertigungsgründe wurden bisher in der Literatur großenteils z u s a m m e n mit dem verbindlichen Befehl genannt.[2] Was liegt näher, als diese Bestimmung des zukünftigen Strafrechts auch auf den verbindlichen Befehl anzuwenden. Freilich muß man, um das Problem ausschöpfen zu können, dazu auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen, daß auch rechtswidrige Befehle verbindliche Kraft haben können. Wer das leugnen will, der soll erst einmal nachweisen, daß das Militärstrafrecht k e i n e Befehle kennt, die Strafgesetze bei ihrer Ausführung verletzen und dennoch verbindlich sind. Sie sind jedoch fester Bestandteil des Militärstrafrechts. Daß es für sie keine ausdrückliche gesetzliche Norm gibt, spielt keine Rolle, wenn sie nur n a c h w e i s b a r sind. Ist dies schon nach geltendem Recht der Fall, wird eine neu zu schaffende Gesetzesbestimmung dem noch mehr Rechnung tragen, letzten Endes sind sie unantastbares militärisches Gewohnheitsrecht, dessen Kraft vertrauend der Richter seine Entscheidungen treffen kann.

Zwei Angriffspunkte des geltenden Militärstrafrechts, der mangelnde klare Ausspruch der Gehorsamspflicht und die Frage der Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Befehls, sind damit de lege ferenda geklärt. Nun erst ist der Weg zur Beseitigung der Schwächen des § 47 geltenden Militärstrafgesetzbuches frei. Darüber dürfte Klarheit herrschen: Mit der Unterscheidung zwischen „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl", mit der — falschen — Feststellung, der einen auf die Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehl verbotenermaßen ausführende Untergebene sei als „Teilnehmer" zu bestrafen, mit der Ziffer 1 gar des 2. Absatzes des § 47 muß aufgeräumt werden; auch die Frage, ob es sich rechtfertigt, daß nach geltendem Recht Befehle, die auf Begehung einer Uebertretung gerichtet sind, immer befolgt werden müssen, bedarf der Klärung.

---

[1] Begründung zum Amtl. Entw. § 19.

[2] So Frank, Vbm. III zum 4. Abschn., Olshausen, Vbm. 9 zum 4. Abschn., van Calker, Gr. S. 30.

Als völlig überflüssig hat sich die „Ausnahme" des § 47 Abs. 2 Ziff. 1 erwiesen, die in Wahrheit gar keine Ausnahme von der Regel des § 47 ist, deren Inhalt vielmehr mühelos aus allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen abzuleiten ist, sodaß sie keiner besonderen Hervorhebung bedürfte. De lege ferenda rechtfertigt sich daher Streichung dieser Bestimmung.

Der Beseitigung bedarf auch die leidige Unterscheidung zwischen „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl", die die Praxis, allerdings im Widerspruch zum noch geltenden Recht, längst in der Sache aufgegeben hat. Für ein Militärstrafgesetzbuch, das der Soldat in erster Linie verstehen soll, sind weniger juristisch-feine Unterscheidungen notwendig als vielmehr klare allgemeinverständliche Begriffe. Ein Blick in die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts zeigt, wie gefährlich die Unterscheidung sich auswirken kann, wenn der Untergebene sie dazu benutzt, seinen angeblichen Irrtum über die Qualifikation eines Befehls als eines solchen „in Dienstsachen" zu beweisen. — De lege ferenda erscheint es richtig, den bisherigen Unterschied fallen zu lassen und größeren Wert auf die richtige Abgrenzung des Befehls, der sich auf den militärischen Dienst bezieht, von dem, der nur private Angelegenheiten betreffen soll, zu legen. Die Beseitigung des Unterschiedes wird umso leichter möglich und tragbar sein, als beide, „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl", sich gleichermaßen und allein auf den militärischen Dienst beziehen, welche Beziehung sie klar von den „Befehlen in Privatangelegenheiten" scheidet. Ob man den allein auf den Dienst bezüglichen Befehl künftig Dienstbefehl oder Befehl in Dienstsachen oder auch irgendwie anders benennen will, das bleibt schließlich gleichgültig, wenn nur seine reine und ausschließliche Beziehung zum militärischen Dienst genügend gekennzeichnet wird. Fällt die Unterscheidung, dann ist damit dem Soldaten am meisten geholfen, dann kann sich der schlechte Soldat nicht mehr damit herausreden, er habe angenommen, es liege ein bindender Befehl vor, wenn dieser in Wirklichkeit gar nicht befolgt werden durfte, dann entfällt auch der Streit der Wissenschaft, der trotz aller darauf verwandten Energie doch nicht zu einem befriedigenden Ergebnis geführt hat, dann braucht auch das höchste Gericht nicht das Eingeständnis zu machen, es könne die Frage nicht selbst entscheiden, müsse die Entscheidung vielmehr „militärischen Dienstvorschriften oder militärdienstlichen Grundsätzen" überlassen. — Die Reinigung des Militärstrafgesetzbuches von dem roten Faden des Unterschiedes zwischen „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl" darf im übrigen nicht nur den § 47 erfassen, sie muß sich vielmehr auf alle Gesetzesbestimmungen[1]) erstrecken, die einen dieser beiden Begriffe kennen.

Eine Reform des M. St. G. B. kann weiter nicht mit Erfolg durchgeführt werden, wenn nicht die Bestimmung des § 47, der

[1]) Vgl. oben S. 17.

Soldat sei ebenfalls verantwortlich bei solchen Befehlen, „welche die Begehung eines bürgerlichen oder militärischen Verbrechens oder Vergehens" bezweckten, eine Aenderung erfährt. Die Schwächen dieser Bestimmung liegen darin, daß sie durch Betonung der Verbrechens- oder Vergehensnatur der anbefohlenen Handlung den Soldaten vor die, klar nur von einem Juristen zu lösende, Frage stellt, was Verbrechen, was Vergehen sei, wie diese beiden Arten strafbarer Handlungen sich schließlich von den auf Befehl immer zu begehenden Uebertretungen unterscheiden. Auch die Regelung der Befolgung anbefohlener Uebertretungen unterliegt mancherlei Bedenken. Die beiden Extreme, sie zu ändern, nämlich einerseits grundsätzlicher Ausspruch der Unverbindlichkeit eines auf die Begehung einer Uebertretung gerichteten Befehls, andererseits grundsätzliche unbedingte Gehorsamspflicht, sind gleichermaßen nicht zu gebrauchen, das erstere deshalb nicht, weil dadurch nicht nur die militärische Disziplin, sondern vor allem die Schlagkraft eines Heeres in Gefahr- und Kriegszeiten geschädigt würden. Die Aufstellung der unbedingten, absoluten Gehorsamspflicht schließlich ist, so erstrebenswert sie auch vom militärischen Standpunkt aus sein mag, mit heutigen Rechtsgedanken nicht mehr vereinbar. So muß eine Kompromißlösung gesucht werden.

Schon 1914 hat Rissom[1] vorgeschlagen, den Untergebenen dann für strafrechtlich verantwortlich zu erklären, „wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt". Es ist wohl richtig, daß der Soldat einen solchen Befehl nicht befolgen darf, und insoweit ist gegen den Vorschlag nichts einzuwenden. Er ist jedoch zu eng, umfassen die Delikte gegen die militärische Treue doch nur einen verhältnismäßig engen Kreis strafbarer Handlungen.[2] Wie aber soll sich der Soldat Befehlen gegenüber verhalten, die auf Begehung einer nach bürgerlichem Strafrecht strafbaren Handlung gerichtet sind? Battenberg, der Rissoms Vorschlag aufgenommen hat, gibt hierauf keine Antwort. Daß er solche Delikte unter die gegen die militärische Treue verstoßenden rechnen will, ist nach seiner eigenen Aufzählung derselben nicht anzunehmen.

So erscheint es — wie bereits angedeutet wurde[3] — am besten und zutreffendsten, den Untergebenen dann strafrechtlich verantwortlich zu machen, wenn er die S t r a f b a r k e i t der befohlenen Handlung klar erkannt hat. Obwohl auch hier geltend gemacht werden könnte, daß es für den Soldaten nicht immer leicht sei, die Strafbarkeit einer Handlung zu erkennen, ist diese Lösung doch verständlicher für den Untergebenen als der § 47 geltenden Rechts. Das erreichbare Maß von Klarheit wird jedoch m. E. dann eintreten, wenn man mehr Wert auf die im § 47 schon enthaltene

---

[1] 32. Dtsch. Jur. Tag 1914, S. 516
[2] Vgl. etwa § 16 Hannover'sches M. St. G. B. v. 1841.
[3] Vgl. S. 23/24.

verbrecherische Absicht des Vorgesetzten und die Kenntnis dieser Absicht seitens des Untergebenen legt, den Untergebenen etwa dann strafrechtlich verantwortlich macht, wenn er gewußt hat, daß der Vorgesetzte mit dem Befehl böswillig[1] die Begehung einer strafbaren Handlung beabsichtigte. Unter diese strafbaren Handlungen fallen dann freilich auch Uebertretungen, die bisher auf Befehl immer begangen werden mußten. Daß sich jedoch hieraus Schwierigkeiten ergeben haben, beweist der Streit um diesen Grundsatz des geltenden Militärstrafrechts. Hier schafft die vorgeschlagene neue Lösung wohl Abhilfe. Danach müssen Befehle zur Begehung von Uebertretungen unbefolgt bleiben, wenn der Vorgesetzte sie böswillig erteilte, sie müssen dagegen befolgt werden, wenn ihre Erteilung aus militärischen Gründen erfolgte. Durch diese Erledigung der bisher verschiedenen Behandlung von Verbrechen und Vergehen einerseits, Uebertretungen andrerseits, sowie durch die besondere Betonung des Wissens vom verbrecherischen Zweck einer strafbaren Handlung werden die bisherigen Streit- und Zweifelsfragen m. E. so weit wie möglich geklärt.

Schließlich kann die Regelung des § 47 M. St. G. B., den Untergebenen treffe unter Umständen „die Strafe des Teilnehmers", nicht aufrecht erhalten bleiben. Sie ist, wie die Untersuchung ergeben haben dürfte, unbrauchbar, ja falsch. Ich halte es aber nicht für richtig, an die Stelle dieser Regelung etwa eine Aufzählung sämtlicher vorhandenen Möglichkeiten der Bestrafung des Untergebenen zu setzen. Diese ergeben sich vielmehr zwanglos aus den allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen, speziell über Täterschaft und Teilnahme. Der Soldat würde zudem damit nichts anzufangen wissen. Für ihn genügt es, wenn er weiß, daß er bestraft wird. Der Richter hat dann zu entscheiden, in welcher Weise der Soldat zu bestrafen ist. Ich würde es daher für genügend klar halten, wenn man für auf Befehl begangene Verbrechen grundsätzlich den befehlenden Vorgesetzten für allein verantwortlich erklärt, in dem Ausnahmefall aber auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des gehorchenden Untergebenen zum Ausdruck bringt. Die anstelle des § 47 M. St. G. B. neuzuschaffende Gesetzesbestimmung würde dann lauten:

> Der Untergebene hat alle in Beziehung zum militärischen Dienst stehenden Befehle eines Vorgesetzten zu befolgen.
>
> Er darf einen Befehl nicht befolgen, wenn er erkennt, daß der Vorgesetzte durch den Befehl böswillig die Begehung einer strafbaren Handlung beabsichtigt. Der Vorgesetzte ist dann immer verantwortlich. Befolgt der Untergebene trotz dieser Erkenntnis einen solchen Befehl, so wird er gemäß . . .[2] bestraft.

---

[1] Dieser Ausdruck soll nur dazu dienen, für den Untergebenen Klarheit zu schaffen, juristisch würde er nichts weiter als die über den Vorsatz hinausgehende Absicht bedeuten.

[2] Hier müßten dann die Bestimmungen über Täterschaft und Teilnahme eingesetzt werden.